

OFFENTLIGE ANSKAFFELSER:
ENDRINGSADGANGEN I TILDELTE KONTRAKTER
OG VEKTEN AV HENSYNET TIL EFFEKTIV
RESSURSBRUK

Kandidatnummer: 192929

Veileder: Marianne H. Dragsten

Antall ord: 14 695

(inkludert fotnoter – sluttnoter ikke anvendt)



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

09.12.2013

1. INNLEDNING	4
1.1. Oppgavens tema og struktur	4
1.2. Terminologi og begreper	5
1.3. Rettskildematerialet og avgrensning	6
2. REGELVERKET FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER	7
2.1. Overordnet oversikt	7
2.2. Formålet om effektiv bruk av ressurser – LOA § 1	9
2.3. Læren om vesentlige endringer i tildelte kontrakter	11
2.3.1. Utviklingen og pressetext-saken	11
2.3.2. Oppfølging i KOFA-praksis, utfordringer og forslag om kodifisering	14
2.3.3. En beslektet problemstilling – endringer i konkurransegrunnlaget etter kunngjøring	16
2.3.4. Lærens anvendelse også på kontrakter under EØS-terskelverdi?	16
2.4. Håndhevelsesdirektivet og dets betydning	17
2.4.1. Er det opprinnelig kontrakt eller endringen som må være over EØS-terskelverdi?	18
2.4.2. Vil sanksjonen «uten virkning» gjelde for hele kontrakten eller kun endringen?	19
2.4.3. Potensielle virkninger av håndhevelsesdirektivet	20
3. ENDRINGSLÆREN KONTRA EFFEKTIV RESSURSBRUK	22
3.1. Forskjellen mellom enkle og komplekse kontrakter	22
3.2. Effektivitetshensynets vekt ved endringer i komplekse kontrakter – to eksempler fra praksis	24
3.2.1. Norske Laboratorieleverandørers Forening mot Helse Bergen HF – KOFA sak 2010/212	24
3.2.1.1. Sakens essens	24
3.2.1.2. Rettslig analyse	25
3.2.2. Nødnettsaken – KOFA forente saker 2011/259 og 2012/235	28
3.2.2.1. Sakens essens	28
3.2.2.2. Rettslig analyse	30
3.2.2.2.1. Del 1 av argumentasjonen	30
3.2.2.2.2. Del 2 av argumentasjonen	33
3.2.2.2.3. Oppsummert	35
3.2.3. Slutning fra gjennomgang av praksis	36
3.3. Hvorfor vektlegges hensynet til effektiv ressursbruk forskjellig sentralt i EU kontra Norge?	36
3.4. Forholdet mellom homogenitetsmålsettingen i EØS-avtalen og norsk vektlegging av hensynet til effektiv ressursbruk	37
4. NYTT ANSKAFFESEDIREKTIV ARTIKKEL 72	38

4.1.	Oversikt og struktur	38
4.1.1.	Artikkel 72 nr. 1	39
4.1.2.	Artikkel 72 nr. 2 – unntak for mindre endringer	41
4.2.	Helhetsvurdering av artikkel 72	42
5.	KONKLUSJON/SAMMENFATNING	42
6.	KILDER	44
6.1.	Litteraturliste	44
6.1.1.	Bøker	44
6.1.2.	Artikler	44
6.2.	Lover og forskrifter	44
6.3.	Norske forarbeider	45
6.4.	Norske rettsavgjørelser	45
6.5.	KOFA praksis	45
6.6.	KFU praksis	46
6.7.	EU/EØS-rettslige kilder	46
6.7.1.	Traktater og rettsakter	46
6.7.2.	EU-rettslige forarbeider	46
6.7.3.	Avgjørelser fra EU-domstolen	47
6.8.	Diverse nettdokumenter	47

1. INNLEDNING

1.1. Oppgavens tema og struktur

Offentlig sektor foretok anskaffelser til en verdi av nesten 400 milliarder NOK i 2011.¹ Det sier seg selv at forvaltningen av en slik sum offentlige midler er av stor betydning for samfunnsøkonomien. Regelverket for offentlige anskaffelser regulerer gjennomføringen av anskaffelsesprosessen og til tross for å ha eksistert i over ti år er regelverket fortsatt å anse som et relativt nytt rettsområde i en stadig utvikling.²

Anskaffelsesregelverket skal sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling, i den hensikt å bidra til økt verdiskapning i samfunnet jf. lov om offentlige anskaffelser § 1. Virkemidlene er åpenhet og konkurranseutsetting.

Det gjeldende anskaffelsesregelverk regulerer i all hovedsak kun fasen frem til kontrakt inngås. Imidlertid har det i EU-domstolens praksis blitt utviklet en lære om vesentlige endringer i tildelte kontrakter som legger begrensninger på oppdragsgivers handlefrihet også i fasen for gjennomføringen av kontrakten. Kjernen i denne læren er at vesentlige endringer ikke tillates uten ny anskaffelsesprosess. Det er særlig prinsippene om likebehandling og transparens som begrunner dette kravet.³

Etter som ingen kan se inn i fremtiden vil det i en kontrakts levetid kunne oppstå situasjoner hvor kontrakten ikke kan eller ønskes oppfylt som avtalt, hvilket gjør at behov for endringer og modifikasjoner oppstår. I slike tilfeller vil det allerede være investert ressurser i kontrakten, både fra oppdragsgivers og leverandørens side. I store og komplekse kontrakter vil det ofte være tale om betydelige ressurser.

Når det både ses hen til anskaffelsesregelverkets stadig utvidede detaljregulering og det overordnede formålet i den norske anskaffelsesloven om effektiv ressursbruk, så er det i et rettslig perspektiv interessant å undersøke hvordan effektivitetshensynet skal vektles når dette trekker i motsatt retning av de andre grunnleggende hensyn bak anskaffelsesregelverket. Her er det tilsynelatende et spenningsforhold mellom anskaffelsesrett på EU-nivå og norsk anskaffelsesrett, da den forutsatte prioriteringen av de grunnleggende hensyn ikke synes fullt ut sammenfallende.⁴

¹ Statistisk Sentralbyrå - <http://www.ssb.no/offinnkj> Tallet inkluderer oljesektoren som i begrenset grad er underlagt anskaffelsesregelverket. Oljesektorens andel var på 74,5 milliarder.

² Jf. bl.a. NOU 2010: 2 «Håndhevelse av offentlige anskaffelser» s. 30.

³ Goller/Kreyberg (2012) s. 41-42.

⁴ I samme retning NOU 2010: 2 s. 45.

Denne prinsipielt viktige vurderingen vil typisk kunne gjøre seg gjeldende ved spørsmål om endringer i inngåtte kontrakter, hvilket gjør endringslæren til et godt utgangspunkt for en analyse av hvordan effektivitetshensynet ivaretas.

Dette er bakgrunnen for denne avhandlingens tema; endringsadgangen i tildelte kontrakter med særlig fokus på vekten av hensynet til effektiv ressursbruk.

Hva gjelder strukturen på denne avhandlingen vil det først redegjøres nærmere for regelverket om offentlige anskaffelser og læren om vesentlige endringer i tildelte kontrakter. Håndhevelsesdirektivet vil også omtales i denne sammenheng. Når «scenen» er satt skal det trekkes frem to saker fra den norske Klagenemnda for offentlige anskaffelser hvor hensynet til effektiv ressursbruk ble tillagt betydelig vekt. Disse skal analyseres på bakgrunn av blant annet praksis fra EU-domstolen for å undersøke hvorvidt argumentasjonen har dekning i EU-retten.

Avslutningsvis må det også ses hen til kodifiseringen av læren om vesentlige endringer i forslaget til nytt anskaffelsesdirektiv for klassisk sektor, 2011/0438 (COD), som vil vedtas i nær fremtid. Kodifiseringen har vært gjenstand for grundige vurderinger og forhandlinger i EU-organene, hvilket gjør at det potensielt kan utledes prinsipielle føringer på vektingen av hensynet til effektiv ressursbruk. Dette kan i så fall være viktig for den fremtidige praktiseringen av anskaffelsesregelverket i Norge.

1.2. Terminologi og begreper

Det er i innledningen over både brukt terminologien *formålet* om effektiv ressursbruk og *hensynet* til effektiv ressursbruk. Bakgrunnen for dette er at når rettsanvenderen skal foreta en konkret vurdering av en anskaffelsesrettslig problemstilling vil formålet om effektiv ressursbruk ta form som et av flere hensyn som eventuelt må avveies mot hverandre, i henhold til alminnelig norsk juridisk metode og den heri festnede språkbruk.⁵ Leseren må derfor ikke la seg villedes av hvorvidt det vises til *formålet* om eller *hensynet* til effektiv ressursbruk, eventuelt kortversjonen *effektivitetshensynet*. Innholdet vil bli utdypet nærmere i punkt 2.2.

Hva gjelder *læren om vesentlige endringer i tildelte kontrakter* så er dette min valgte begrepsbruk. Lignende eller lik terminologi anvendes i juridisk teori og KOFA-praksis men det er tidvis nyanser. Det sentrale er uansett ordet *vesentlig* som referer til en terskel. EU-domstolen brukte ordet «materially different» i den sentrale dom og den offisielle danske oversettelsen er «avgørende forskjellige».⁶ Den riktige norske oversettelsen er derfor *vesentlig* endring.⁷

⁵ Dette kommer indirekte til uttrykk i Eckhoff/Helgesen (1997) s. 103-104.

⁶ Sak C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur GmbH mot Østerrike*, premiss 34. Det redegjøres for dommen i avhandlingens pkt. 2.3.1.

⁷ *Vesentlig* brukes også av Dragsten (2013) kap. 106 og Goller/Kreyberg (2012).

En *ulovlig direkte anskaffelse* er et innarbeidet begrep i anskaffelsesretten og skal forstås som en anskaffelse som ikke er kunngjort på den etter forskriften påbudte måte. Tidligere fremgikk dette direkte av anskaffelseslovens § 7b.⁸ En ulovlig direkte anskaffelse anses som den mest graverende feil en oppdragsgiver kan gjøre.

På samme måte som over er også *oppdragsgiver* og *leverandør* innarbeidede betegnelser på henholdsvis den anskaffende myndighet som er underlagt anskaffelsesregelverket og den tilbyder som konkurrer om, eller eventuelt har vunnet, kontrakten.

Annen relevant terminologi vil bli introdusert og forklart i den sammenheng det er naturlig.

1.3. Rettskildematerialet og avgrensning

Læren om vesentlige endringer i tildelte kontrakter er et relativt nytt institutt i anskaffelsesretten. Av denne grunn er det ikke noe rikt kildetilfang hva gjelder forståelsen og anvendelsen av denne læren. Praksis fra EU-domstolen er naturlig nok viktig etter som det er her endringslæren er utviklet. Den rettskildemessige betydningen av denne domstolens avgjørelser vil bli redegjort for i avhandlingens punkt 2.1. I tillegg kommer nasjonale domstoler og særlig klagenemnder etter som det er disse som har det største sakstilfanget, i hvert fall i Norden.

Hva gjelder anskaffelsesregelverket generelt så er norske forarbeider til gjennomføringen av de ulike direktiver en viktig rettskilde. Disse kaster lys over den norske lovgivers syn på anskaffelsesregelverkets nærmere innhold og har vekt ved tolkning av lov og forskrift i henhold til tradisjonell norsk rettskildelære.⁹

Av teori foreligger det beskjedent med norsk juridisk teori men noe mer europeisk juridisk teori. I norsk teori er det Dragsten (2013) og en artikkel fra Goller/Kreyberg (2012) som særlig adresserer læren og dens utfordringer. På europeisk nivå er det i senere tid publisert flere artikler på emnet i tidsskriftet «Public Procurement Law Review».¹⁰

Et fellestrekk ved juridisk teori tilknyttet endringslæren er at det fokuseres på ulike *typer* kontraktsendringer og hvordan disse nærmere må vurderes. Denne avhandlingens fokus er således noe avvikende fra hva som hittil er publisert på emnet etter som det tas «et skritt tilbake» og fokuseres på de overordnede hensyn bak anskaffelsesregelverket og endringslæren, i den hensikt å analysere endringsadgangen på et mer prinsipielt nivå. Dette medfører at det ikke vil søkes å gi konkrete føringer på når en endring er ulovlig i ulike typetilfeller.

⁸ Før endringen ved lov 11. mai 2012 nr. 25: Lov om endringer i lov om offentlige anskaffelser og i kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett).

⁹ Eckhoff/Helgesen (1997) s. 69 flg.

¹⁰ Utgis av Sweet & Maxwell, seks ganger per år.

Det må bemerkes at en kontraktsendring i favør av leverandør kan innebære ulovlig statsstøtte i tillegg til å være en ulovlig endring.¹¹ Statsstøtte-problematikken vil imidlertid ikke forfølges i denne avhandlingen.

2. REGELVERKET FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

2.1. Overordnet oversikt

Regelverket for offentlige anskaffelser i Norge består i det vesentlige av følgende:

- Lov om offentlige anskaffelser (LOA)¹²
 - Forskrift om offentlige anskaffelser (FOA)¹³
 - Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester)¹⁴
 - Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser¹⁵

Dette er i hovedsak et «prosedyreregulativ» som regulerer hvordan det offentlige skal gå frem ved gjennomføring av anskaffelser.¹⁶ Forskriftene har hjemmel i LOA § 16.

Pliktsubjekter er statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer jf. LOA § 2 første ledd, første punktum. I tillegg kommer rettssubjekter som driver virksomhet innenfor forsyningssektorene på nærmere vilkår jf. § 2 første ledd, annet punktum. Hva gjelder typer anskaffelser er det varer, tjenester samt bygge- og anleggsarbeider regelverket omfatter jf. LOA § 3 første punktum.

Bakgrunnen for vårt norske regelverk er i stor grad EU-direktiver. Etter EØS-loven¹⁷ § 1 gjelder EØS-avtalens hoveddel som norsk lov. Rettsakter om offentlige anskaffelser er nedfelt i EØS-avtalens vedlegg XVI jf. avtalens artikkel 65, og er naturlig å anse som en operasjonalisering av reglene om de fire friheter hvilket er fundamentet i EØS-avtalen.¹⁸

¹¹ Jf. Goller/Kreyberg (2012) s. 48.

¹² Lov 16. juli 1999 nr. 69.

¹³ Forskrift 7. april 2006 nr. 402.

¹⁴ Forskrift 7. april 2006 nr. 403.

¹⁵ Forskrift 15. november 2002 nr. 1288.

¹⁶ Jf. Dragsten (2013) s. 52.

¹⁷ Lov 27. november 1992 nr. 109.

¹⁸ Sejersted mfl. (2011) s. 614 hva gjelder operasjonaliseringsperspektivet.

Vedlegg og protokoller til EØS-avtalen oppdateres fortløpende når EU vedtar nye EØS-relevante regler.

Som nevnt innledningsvis er læren om vesentlige endringer utviklet av EU-domstolen. Praksis fra denne spiller en sentral rolle i EU-retten og i henhold til homogenitetsmålsettingen i EØS-avtalen¹⁹ skal norske domstoler tolke EØS-implementerte regler i samsvar med EU-domstolens praksis. Dette er lagt til grunn av så vel EFTA-domstolen som Høyesterett.²⁰ Praksis fra EU-domstolen skal derfor vektlegges av norske rettsanvendere hva gjelder de deler av anskaffelsesregelverket som vi har forpliktet oss til å gjennomføre i henhold til EØS-avtalen.

I tillegg gjelder det et prinsipp om EØS-konform tolkning når norske rettsanvendere skal tolke EØS-rettslige regler. Prinsippet følger av lojalitetsplikten i avtalens artikkel 3 og den overordnede homogenitetsmålsetningen, og innebærer at nasjonale rettsanvendere skal søke det tolkningsresultat som i størst grad samsvarer med EU/EØS-retten.²¹ Særlig gjelder dette ved tolkning av EU-direktiver siden disse skal implementeres i nasjonal rett i henhold til sin målsetting uten krav om direkte inkorporering som for forordninger.²² Imidlertid fant Høyesterett i *Finanger I* saken at prinsippet om EØS-konform tolkning ikke rekker lenger enn det ulovfestede norske presumsjonsprinsippet, hvilket innebærer at norske bestemmelser så vidt mulig skal tolkes i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser.²³

I sum innebærer overnevnte at EU-retten har en vesentlig innflytelse på tolkningen av det norske anskaffelsesregelverket og at relevant praksis fra EU-domstolen er å anse som bindende for praktiseringen av vårt anskaffelsesregelverk.

I forhold til oversiktsbildet av regelverket for offentlige anskaffelser må også Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) omtales kort. KOFA er et rådgivende tvisteløsningsorgan innenfor norsk anskaffelsesrett, opprettet med hjemmel i LOA § 12, og kommer altså i tillegg til de alminnelige domstoler. Klagenemndsforordningen, nevnt over i siste kulepunkt, regulerer klagenemndens virksomhet.

Bakgrunnen for etableringen av KOFA var at man så et behov for en alternativ tvisteløsningsmodell med raskere og rimeligere klagebehandling.²⁴ I essens altså et lavterskeltilbud i tillegg til alminnelig domstolsbehandling. Nemndsmedlemmene er

¹⁹ Jf. bl.a. artikkel 1.

²⁰ Sejersted mfl. (2011) s. 223-224.

²¹ I essens hva Høyesterett uttalte i Rt. 2000 s. 1811 (*Finanger I*) på s. 1827-1829.

²² Jf. EØS-avtalen artikkel 7 og Sejersted mfl. (2011) s. 51.

²³ På dommens side 1829 (flertallsvotumet).

²⁴ NOU 2010: 2 s. 33.

oppnevnt på faglig grunnlag og KOFA har siden etableringen i 2003 behandlet et stort antall saker.²⁵ KOFA sin faglige tyngde sammenholdt med deres omfattende praksis har gjort KOFAs uttalelser til en viktig rettskilde i norsk anskaffelsesrett. Fra 2007 til 2012 hadde KOFA kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser med rettslig bindende virkning, men denne kompetansen ble lagt til domstolene ved gjennomføringen av Håndhevelsesdirektivet fra EU²⁶ og KOFA er nå tilbake til å være et rent rådgivende organ. Allikevel kan KOFA fortsatt ilegge overtredelsesgebyr for ulovlige direkte anskaffelser foretatt før 1. juli 2012.²⁷

Også andre land har egne nemnder for anskaffelsestvister, eksempelvis det danske Klagenævnet for Udbud.

2.2. Formålet om effektiv bruk av ressurser – LOA § 1

Formålsbestemmelsen i LOA § 1 angir at loven med tilhørende forskrifter skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å «sikre mest mulig effektiv ressursbruk» ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. I tillegg skal regelverket også bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.

Etter ordlyden er det altså effektiv ressursbruk som er hovedformålet med anskaffelsesregelverket. Anskaffelsesregelverket skal oppnå dette formålet gjennom forretningsmessighet og likebehandling. Bestemmelsen må ses i sammenheng med de grunnleggende prinsipper for anskaffelsesprosessen nedfelt i § 5, hvilket er en bestemmelse det kan utledes selvstendige rettigheter og plikter av, i motsetning til § 1.²⁸

For denne fremstillingens vedkommende er det nødvendig å fastlegge nærmere hva lovgiver legger i ordlyden «effektiv ressursbruk». Effektivitet kan måles og bedømmes på en rekke ulike måter og i henhold til ulike parametere. Ordlyden trekker naturlig i retning av effektivitet krone for krone. Altså dekning av anskaffelsesbehov på best mulige vilkår.

Forarbeidene støtter opp om denne forståelsen av ordlyden. Det uttales blant annet at:

«For det offentlige, som er en stor innkjøper, er det viktig å få riktige varer og tjenester av ønsket kvalitet til lavest mulig kostnad. Dette stiller betydelige krav til anskaffelsesprosessen. Forbedringer som bidrar til at produktene eller

²⁵ NOU 2010: 2 s. 33. Som eksempel på konkrete tall kan nevnes 217 saker i 2007 og 171 saker i 2008. Uttalelsene er tilgjengelige på www.kofa.no

²⁶ Direktiv 2007/66/EF.

²⁷ Dragsten (2013) s. 882.

²⁸ Departementet uttaler i Ot.prp. nr. 71 (1997-1998) s. 65 at § 1 isolert sett ikke er «egnet» til å utlede rettigheter og plikter fra.

tjenestene blir bedre tilpasset det offentlige behov og/eller medfører lavere innkjøpskostnader, gir rom for å redusere utgiftene over offentlige budsjetter. Dette kan bidra til bedre dekning av andre behov innenfor de samme økonomiske rammene.»²⁹

I Stortingsmeldingen «Det gode innkjøp» presiseres det samme med færre ord:

«Hovedformålet med regelverket for offentlige innkjøp er primært å medverke til at offentlige oppgaver vert løyste på ein kostnadseffektiv måte»³⁰ (min understreking).

Det er altså klart at hovedformålet med anskaffelsesregelverket, i henhold til den norske lovgiver, er mest mulig effektiv utnyttelse av fellesskapets penger.

Under utarbeidelsen av LOA § 1 er det i forarbeidene lagt til grunn at effektivitetsformålet kunne utledes av EØS-retten, men likevel ønsket man å fremheve ytterligere hva man nasjonalt anså som regelverkets hovedformål.³¹ Her må en nyanse påpekes. I en «Grønnbok» fra EU-kommisjon datert 1996 oppsummeres hovedformålene ved anskaffelsesregelverket som følger:

«The main objectives of the Union's procurement policy are: the creation of the conditions of competition necessary for the non-discriminatory award of public contracts, the rational allocation of public money through the choice of the best offer presented, suppliers' access to a truly single market with significant business opportunities and the reinforcement of a competition among European enterprises.»³²

Riktig nok er rasjonell/effektiv bruk av offentlige midler nevnt også her, men det er ikke noe ubetinget formål. Tvert i mot knyttes det tett opp mot «the best offer presented», hvilket antyder at ressurseffektivitet ikke er et formål når det går på bekostning av konkurranse, hvilket det åpenbart kan gjøre når det er tale om kontraktsendringer. Dessuten er effektiv ressursbruk kun et av tre hovedformål.

EU-domstolen er på sin side helt klar på hva den anser som anskaffelsesrettens hovedformål:

²⁹ Ot.prp. nr.71 (1997-98) s. 7.

³⁰ St.meld. nr.36 (2008-2009) s. 14.

³¹ Ot.prp. nr.71 (1997-98) s. 65.

³² GREEN PAPER - PUBLIC PROCUREMENT IN THE EUROPEAN UNION: EXPLORING THE WAY FORWARD, Communication adopted by the Commission on 27th November 1996, «Summary» pkt. 2.

«It is clear from the case-law that the principal objective of the Community rules in the field of public procurement is to ensure the free movement of services and the opening-up to undistorted competition in all the Member States (...).»³³

Når disse to sitatene fra EU-rettslige kilder ses i sammenheng synes det tydelig at den norske lovgiver i større grad enn EU sentralt vektlegger formålet om effektiv utnyttelse av fellesskapets penger, allikevel uten at hensynet er ukjent på EU-plan.

Støtte for dette standpunktet finnes i senere norske anskaffelsesrettslige forarbeider, nærmere bestemt forarbeidene til gjennomføringen av håndhevelsesdirektivet fra EU. Det heter her at:

«Ved siden av de EU/EØS rettslige hensynene, har også norsk lovgiver ved utformingen av norske lover og regler på anskaffelsesrettens område de siste ti-femten årene gitt uttrykk for hvilke hensyn man ønsker at reglene skal ivareta. Her er vektleggingen noe annerledes enn på EU/EØS-nivå. Det som særlig fremheves i norske forarbeider er hensynet til rasjonell offentlig økonomistyring og effektiv ressursbruk.»³⁴

Det er altså grunnlag for å hevde at hensynet til effektiv ressursbruk forutsetningsvis skal vektes tyngre i norsk anskaffelsesrett enn hva som var utgangspunktet i EU sentralt.

2.3. Læren om vesentlige endringer i tildelte kontrakter

2.3.1. Utviklingen og pressetext-saken

Det klare utgangspunktet for anskaffelsesregelverket er at kun fasen fra oppdragsgiver beslutter å gjøre et innkjøp, og frem til kontrakten tildeles en leverandør, er regulert. Fasen for gjennomføringen av kontrakten reguleres av den alminnelige kontraktsretten.³⁵

Imidlertid er det et problem ved en slik skarp avgrensning av anskaffelsesregelverkets virkeområde. Et enkelt eksempel er at oppdragsgiver A beslutter å gjøre innkjøp av tusen kontorstoler. Det avholdes åpen anbudskonkurranse og pris er eneste tildelingskriterium. Leverandør B vinner denne konkurransen og blir tildelt kontrakt. Før alle tusen stoler er levert oppdager oppdragsgiver at han har behov for tusen stoler til. Det enkleste er nødvendigvis å endre kontrakten med leverandør B til å omfatte to tusen stoler. Men dersom tilbyder C, som tapte konkurransen fordi han priset seg for høyt, hadde konkurrert om en levering på to tusen stoler og ikke kun tusen, ville han kanskje gitt en langt

³³ Sak C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur GmbH mot Østerrike*, premiss 31.

³⁴ NOU 2010: 2 s. 45.

³⁵ Se bl.a. Goller/Kreyberg (2012) s. 38.

bedre pris i den opprinnelige konkurranse grunnet kvantumsrabatter hos sin leverandør.

Som eksempelet viser kan kontraktsendringer skape problemer etter som den opprinnelige konkurransen undergraves, og det oppstår dermed behov for å legge anskaffelsesrettslige føringer også på kontraktsgjennomføringsfasen.

På denne bakgrunn har EU-domstolen gjennom sin praksis utviklet en lære om når kontraktsendringer må anses å utgjøre en ny kontrakt som må inngås i henhold til prosedyrereglene i anskaffelsesregelverket. Læren har vært gjenstand for en gradvis utvikling med presstext-saken, avsagt 19. juni 2008, som den tydeligste.³⁶ Dommen er omtalt som en av de prinsipielt viktigste anskaffelsesrettslige dommene avsagt av EU-domstolen.³⁷

Saken gjaldt en tidsubestemt kontrakt om pressetjenester inngått mellom østerrikske myndigheter og pressebyrået Austrian Press Agency (APA) i 1994, før Østerrike ble medlem av EU. I år 2000 etablerte pressebyrået et heleid datterselskap (APA-OTS) og kontrakten med myndighetene ble flyttet over til datterselskapet med oppfyllelsesgaranti fra morselskapet og godkjenning av oppdragsgiver.

I 2001 ble kontrakten, nå med datterselskapet, endret hva gjaldt prismekanismene som følge av konverteringen fra østerrikske schilling til euro.

I 2006 ble det gjort nok en endring hvor partene frasa seg retten til å si opp avtalen frem til utgangen av 2008 samt at en prisrabatt ble økt fra 15 til 25 %.

Det konkurrerende pressebyrået presstext Nachrichtenagentur GmbH anla deretter søksmål for en nasjonal domstol med påstand om at godkjenningen av omstruktureringen i 2000 i praksis var tildeling av en ny kontrakt som skulle vært konkurranseutsatt, og at det samme gjaldt endringene i både 2001 og 2006. Den østerrikske domstolen ba deretter EU-domstolen om å avsi en prejudisiell avgjørelse om når endringer av en eksisterende kontrakt utgjør en ny kontrakt.

Sakens viktigste avsnitt er nummer 34 hvor retten skriver:

«Med henblik på at sikre gennemsiktighet i procedurerne og ligebehandling af tilbudsgivere udgør ændringer i bestemmelserne i en offentlig aftale inden for den periode, i hvilken den er gyldig, indgåelse af en ny aftale i direktiv 92/50's forstand, når de er afgørende forskellige fra bestemmelserne i den oprindelige aftale, og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer (...).»

³⁶ Sak C-454/06, *presstext Nachrichtenagentur GmbH mot Østerrike*.

³⁷ Brown (2008) s. 253 kaller saken en «major landmark judgement» på linje med Alcatel, Teckal og Teleaustria.

Retten la altså til grunn at det oppstår en ny kontrakt når endringen er vesentlig og derfor viser partenes vilje til å reforhandle avtalens grunnleggende elementer. I tillegg til å oppstille dette overordnede vurderingstemaet ga retten fire eksempler i de tre påfølgende premisser (35-37). Det heter her at endringen er å anse som vesentlig om

- Endringen innfører vilkår som ville gitt andre tilbydere mulighet til å delta i den opprinnelige konkurranse.
- Endringen innfører vilkår som ville gjort det mulig å akseptere et annet tilbud enn det som ble valgt.
- Endringen innebærer at kontrakten utvides betydelig til å gjelde tjenester som opprinnelig ikke ble dekket, hvilket domstolen påpeker følger indirekte av adgangen til å gå i konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring ved tilleggsleveranser jf. hos oss FOA § 14-4 bokstav j og k.³⁸
- Endringen endrer avtalens økonomiske balanse til fordel for leverandøren på en måte som ikke var fastsatt i konkurransegrunnlaget.

Et viktig poeng som fremgår indirekte av det overnevnte er at vesentlighetsvurderingen må foretas på bakgrunn av konkurransegrunnlaget og den inngåtte avtalen, slik at avtalens innhold og natur påvirker terskelen.³⁹

På bakgrunn av dette utgangspunktet kom retten i den konkrete saken til at kontraktsoverdragelsen til datterselskapet ikke var en vesentlig endring, men indikerte at som en hovedregel vil bytte av kontraktspartner være å anse som en vesentlig endring når den overtakende kontraktspart ikke tilhører samme konsern, med mindre slik endring av kontraktspart er hjemlet i den opprinnelige kontrakten.

Når det gjaldt prisendringene fant retten at verken konverteringen fra schilling til euro eller den i utgangspunktet mer tvilsomme økte prisrabatten, var en vesentlig endring. Et poeng fra rettens side i denne sammenheng var at prisendringene var i favør av oppdragsgiver og at slike endringer naturlig nok er mindre problematisk enn prisendringer i favør av leverandøren. I forhold til at partene frasa seg retten til å si opp kontrakten for en periode, så ble det lagt til grunn at en slik endring kun er vesentlig dersom det er utsikter til at kontrakten ville blitt terminert fra oppdragsgivers side uten klausulen, med en påfølgende ny konkurranse. Slike utsikter forelå ikke i saken.

³⁸ Goller/Kreyberg (2012) s. 41.

³⁹ Jf. også Goller/Kreyberg (2012) s. 42 og Dragsten (2013) s. 738.

EU-domstolen konkluderte altså med at det ikke var gjort vesentlige endringer i kontrakten mellom østerrikske myndigheter og APA/APA-OTS i den konkrete sak, men ga likevel viktige prinsipielle føringer på hvor stor endringsadgangen er i inngåtte kontrakter.

Læren gjelder for øvrig også for konsesjonskontrakter⁴⁰, en kontraktstype som i hovedsak hittil ikke er direktivregulert.⁴¹

2.3.2. Oppfølging i KOFA-praksis, utfordringer og forslag om kodifisering

KOFA har i en rekke saker de siste årene behandlet spørsmålet om det er gjort ulovlige endringer i kontrakter. Den første saken hvor vurderingskriteriene fra pressetext-saken ble anvendt⁴² var sak 2008/205 som gjaldt anbud på offentlig transport i Vestre Toten kommune. Grunnlaget for klagen var at etter anbudsprosessen var ferdig og kontrakt tildelt Solør Turbuss AS, så viste det seg at selskapet ikke klarte å rekruttere tilstrekkelig antall sjåfører eller disponere tilstrekkelig med minibusser. Solør Turbuss AS ønsket derfor å overdra kontrakten til Gjøvik Taxi ANS, noe oppdragsgiver godkjente. Denne overdragelsen ble så innklaget til KOFA som i sak 2008/37 konkluderte med at kontraktsoverdragelsen var en ulovlig direkte anskaffelse. Imidlertid ble det ikke ilagt overtredelsesgebyr og nemndas konklusjon fikk i praksis ikke betydning for kontraktens videre eksistens.

Mot slutten av kontraktens løpetid ble det så besluttet fra oppdragsgivers side at en opsjon om forlengelse av kontrakten skulle anvendes. Dette utløste en ny klage til KOFA, og var temaet i sak 2008/205. Spørsmålet var om anvendelse av forlengelsesopsjon i en kontrakt som var en ulovlig direkte anskaffelse, er en ny ulovlig direkte anskaffelse.

KOFA foretok her en ny prøving av sin konklusjon i sak 2008/37 på bakgrunn av retningslinjene fra pressetext-saken, og kom til at konklusjonen var i samsvar med EU-domstolens standpunkt etter som det var tale om en overdragelse til ny uavhengig kontraktspart som ikke hadde deltatt i den opprinnelige konkurransen. Av denne grunn måtte nødvendigvis en forlengelse av den allerede ulovlige direkte anskaffelsen anses som en ny ulovlig endring, med den følge at overtredelsesgebyr på 450 000 kroner ble ilagt.

Noen måneder senere kom KOFA med uttalelse i sak 2008/217. Sakens faktum var i essens at Nome kommune skulle oppføre et nytt barnehagebygg og det ble

⁴⁰ Jf. Sak C-91/08, *Wall AG mot Stadt Frankfurt am Main mfl.*, premiss 37.

⁴¹ Det er per desember 2013 fremmet forslag om anskaffelsesdirektiv for konsesjonskontrakter (2011/0437 (COD)).

⁴² I henhold til min gjennomgang av relevant KOFA praksis.

gjennomført konkurranse med forhandling. Etter at kontrakt var tildelt vinneren ble det gjort mindre endringer i skissen for prosjektet. Spørsmålet var om endringene var vesentlig jf. pressetext-saken, men etter en konkret vurdering fant nemnda at endringene var å anse som beskjedne i tillegg til at de ikke hadde påvirket prisen i det hele tatt. Av denne grunn forelå det ikke noen vesentlig endring.

Flere saker kunne vært nevnt men hensikten er her kun å belyse at KOFA lojalt har fulgt opp de føringene EU-domstolen la ned i pressetext-saken.

I denne del av avhandlingen hvor det redegjøres for hovedtrekkene i læren om vesentlige endringer og det materielle utgangspunkt, må det også pekes på utfordringer ved denne rettsutviklingen.

Læren og de begrensninger den stiller opp skal anvendes på forskjellige kontrakter inngått på bakgrunn av ulike forutsetninger og behov fra oppdragsgivers side. Sett hen til at lærens hensikt er å sikre «gennemsiktighet i procedurerne og likebehandling af tilbudsgivere»⁴³ så kan en rekke utfordringer oppstå. I relativt ukompliserte kontrakter, eksempelvis ved kjøp av masseproduserte gjenstander, vil et endringsforbud som regel ikke utgjøre noe stort problem da det ikke er vanskelig å skille endringene ut i en ny kontrakt. I motsatte ende av skalaen finner vi store, langvarige og kompliserte kontrakter for individuelt bestemte ytelser hvor det er vanskelig å spesifisere ytelsen uttømmende på tidspunktet for utformingen av konkurransegrunnlaget. Endringer i kontrakten kan her være helt nødvendig dersom oppdragsgivers behov skal tilfredsstilles. Endringsbehov kan i slike tilfeller også skyldes tidsforløpet og utenforliggende påvirkning, eksempelvis teknologisk utvikling. En fellesnevner for de siste to eksempler er at et forbud mot endring av den opprinnelige kontrakt vil kunne gjøre kontrakten verdiløs for oppdragsgiver hvilket naturligvis medfører ineffektiv ressursbruk.

Eksemplene viser videre at læren om vesentlige endringer i ytterste konsekvens vil være en «slagmark» hvor hensynene til transparens og likebehandling av tilbudsgivere oppstiller et forbud mot endring, mens hensynet til effektiv bruk av offentlige midler i betydelig grad taler for at endring må tillates.

Det er også på denne bakgrunn at EU-kommisjonen selv omtaler endringsadgangen i tildelte kontrakter som «A particularly complex issue».⁴⁴ Denne uttalelsen er gitt i forbindelse med at læren om vesentlige endringer skal kodifiseres i de nye anskaffelsesdirektivene som EU sentralt arbeider med i skrivende stund. Kodifiseringens innhold og betydning er tema i avhandlingens punkt 4., etter en analyse av rettstilstanden per nå.

⁴³ Pressetext-saken premiss 34.

⁴⁴ GREEN PAPER on the modernisation of EU public procurement policy, av EU-kommisjonen, datert 27. januar 2011, s. 24.

2.3.3. En beslektet problemstilling – endringer i konkurransegrunnlaget etter kunngjøring

Læren om vesentlige endringer fokuserer på endringsadgangen i tiden etter kontraktsinngåelse. En beslektet problemstilling er imidlertid hvorvidt det kan gjøres endringer i konkurransegrunnlaget etter tilbudsfristens utløp.

Som illustrasjon kan nevnes KOFA sak 2011/209. Saken gjaldt en kontrakt om renovasjonstjenester som ble tildelt etter åpen anbudskonkurranse. Imidlertid var det i tiden mellom kunngjøring og kontraktsinngåelse inntatt en opsjon på kontraktsforlengelse i 1+1 år. En av problemstillingene for KOFA var om kontrakten i seg selv var en ulovlig direkte anskaffelse etter som en del av kontrakten, nærmere bestemt opsjonen, ikke var kunngjort.

Klagenemnda viste i sin vurdering til Pressetext-saken og tidligere KOFA-praksis, og la til grunn at «tilsvarende må gjelde også for endringer gjort i anbudsdokumentene i perioden fra kunngjøring til avtaleinngåelse».⁴⁵ Etter en helhetsvurdering kom nemnda til at den inngåtte kontrakt ikke kunne anses som vesentlig forskjellig fra den kunngjorte, og det forelå dermed ikke noen ulovlig direkte anskaffelse.⁴⁶

Vurderingstemaet er altså i stor grad likt hva gjelder endringer i konkurransegrunnlaget og endringer i tildelte kontrakter. Allikevel vil det være naturlige begrensninger for hvor mye ressurser som kan gå tapt ved en ulovlig endring av konkurransegrunnlaget grunnet minimale investeringer, og således hvilken tyngde hensynet til effektiv ressursbruk kan inneha. Av denne grunn vil ikke endringer i konkurransegrunnlaget ha fokus i den videre fremstillingen.⁴⁷

2.3.4. Lærens anvendelse også på kontrakter under EØS-terskelverdi?

Etter som EØS-avtalen kun forplikter Norge til å ha et felles prosedyreregulverk for anskaffelser over EØS terskelverdiene⁴⁸, hvilket er FOA del III, kan det spørres om den EU-utviklede læren om vesentlige endringer får anvendelse også på anskaffelser etter FOA del II. Etter FOA § 2-1 (2) første setning gjelder FOA del I og II for kontrakter som har anslått verdi over 500 000 kroner, men under EØS-terskelverdi sml. § 2-2. Dette er altså en ekstra regulering på nasjonalt plan.

⁴⁵ Sakens premiss 60.

⁴⁶ Sakens premiss 67.

⁴⁷ For en nærmere redegjørelse av forbudet mot vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget, se Dragsten (2013) s. 471 flg.

⁴⁸ St.meld. nr.36 (2008-2009) s. 19.

En nyanse må likevel påpekes for ordens skyld. FOA del II regulerer også såkalte uprioriterte tjenester (eksempelvis helse- og sosialtjenester), som i all hovedsak ikke er underlagt EU-direktivenes prosedyrebestemmelser men hvor det likevel gjelder grunnleggende krav om likebehandling, nøytrale tekniske spesifikasjoner og etterfølgende kunngjøring av kontraktstildelingen.⁴⁹

Selv om det i henhold til det overnevnte er en forskjell på den direkte betydningen av EU-domstolens avgjørelser som tolkningsfaktor ved anvendelse av FOA del II kontra del III, så er reglene i del II i vesentlig grad tuftet på våre direkte forpliktelser slik de er utformet i del III. Regelverkets struktur er derfor i all hovedsak den samme i de to deler. Og når det ses hen til at endringslærens funksjon er å sikre en konsekvent anvendelse av anskaffelsesregelverket så må nødvendigvis tilsvarende føringer for adgangen til å endre kontrakter etter FOA del II også praktiseres.

På denne bakgrunn blir altså EU-domstolens avgjørelser en sentral rettskilde også hva gjelder den delen av anskaffelsesregelverket hvor vi i utgangspunktet ikke har forpliktelser etter EØS-avtalen.⁵⁰ Det er eksempler i KOFA praksis på at nemnda har lagt læren til grunn for kontrakter med opprinnelig kontraktsverdi (og verdi av endring) under EØS-terskelverdi.⁵¹

2.4. Håndhevelsesdirektivet og dets betydning

Håndhevelsesdirektivet er betegnelsen på direktiv 2007/66/EF, gitt av EU etter at det hadde blitt avdekket en rekke svakheter ved de eksisterende nasjonale klageorganer. Det hadde særlig blitt fremholdt fra leverandørsiden at de eksisterende håndhevelsesreglene ikke alltid gjorde det mulig å rette opp feil begått av oppdragsgivere i anbudsprosessen.⁵² Direktivet stilte blant annet krav om innføring av et nytt sanksjonssystem og de nødvendige endringer i det norske anskaffelsesregelverket trådte i kraft 1. juli 2012.⁵³

Bakgrunnen for at de nye håndhevelsesreglene her må omtales er at endret håndhevelse har et potensial til å påvirke aktørenes opptreden i forhold til regelverket.

⁴⁹ NOU 2010: 2 s. 31.

⁵⁰ I samme retning Dragsten (2013) s. 55.

⁵¹ Se bl.a. sakene 2010/68 og 2011/8 (KOFA adresserte her kun endringens verdi), FOA del II kom til anvendelse i begge.

⁵² NOU 2010: 2 s. 40.

⁵³ LOA ble endret med lov 11. mai 2012 nr. 25 og FOA samt klagenemndsforordningen ble endret ved forskrift 8. juni 2012 nr. 500.

Før håndhevelsesdirektivets gjennomføring og ikrafttredelse i norsk rett kunne ikke en inngått kontrakt settes til side av domstolene selv om det hadde funnet sted brudd på anskaffelsesregelverket. En forbigått tilbyder var således henvist til å fremme erstatningskrav.⁵⁴ Dette utgangspunktet ble noe modifisert i 2007 når KOFA fikk kompetanse til å ilegge sanksjonen overtredelsesgebyr ved ulovlige direkte anskaffelser, som nevnt over i punkt 2.1.

Dersom en oppdragsgiver foretok en ulovlig vesentlig endring i en kontrakt før 1. juli 2012, var altså eneste risiko for oppdragsgiver et eventuelt erstatningskrav og et overtredelsesgebyr på inntil 15 % av kontraktssummen.⁵⁵ Kontrakten ville fortsatt være gyldig mellom partene.

Dette er endret med gjennomføringen av håndhevelsesdirektivet i norsk anskaffelsesrett. Ved ulovlige direkte anskaffelser plikter domstolene nå, på nærmere vilkår, å kjenne kontrakten uten virkning eller eventuelt avkorte dens løpetid jf. LOA §§ 13 og 14. Å kjenne kontrakten uten virkning er åpenbart den mest dramatiske sanksjonen og denne gjelder kun for anskaffelser over EØS-terskelverdi.

Dersom oppdragsgiver ser seg nødt til å gjøre en vesentlig endring i en tildelt kontrakt, og dette forholdet reguleres av FOA del III, er det altså en risiko for at domstolen slår en strek over hele kontrakten. Dette temaet reiser mange problemstillinger hva gjelder konsekvenser hvilket primært er forutsatt løst gjennom EU-domstolens og norske domstolars praksis.⁵⁶ Det fulle spekteret av konsekvenser faller utenfor denne fremstillingens ramme. Allikevel er det to problemstillinger knyttet til sanksjonen «uten virkning» og endringsadgangen i tildelte kontrakter som her skal adresseres i punkt 2.4.1. og 2.4.2.

2.4.1. Er det opprinnelig kontrakt eller endringen som må være over EØS-terskelverdi?

Et kjerneeksempel på en ulovlig direkte anskaffelse hvor domstolen kan komme til å kjenne kontrakten uten virkning er hvor oppdragsgiver skal kjøpe inn kontorrekvisita til en anslått verdi av over 1,6 millioner kroner⁵⁷ og går direkte til leverandør X uten noen kunngjøring eller konkurranse. Her er det ikke problematisk å slå fast at det dreier seg om en anskaffelse over EØS-terskelverdi og således at kontrakten potensielt kan kjennes uten virkning.

Når det imidlertid er tale om endringer i eksisterende kontrakter kan man lett ha en situasjon hvor den opprinnelige kontrakt er over EØS-terskelverdi mens

⁵⁴ NOU 2010: 2 s. 32.

⁵⁵ Dragsten (2013) s. 882.

⁵⁶ Dragsten (2013) s. 864.

⁵⁷ EØS-terskelverdi 2012/2013 for varer og tjenester ekskl. mva. jf. FOA § 2-2 (1). For statlige myndigheter er terskelen 1 million NOK jf. samme bestemmelse.

endringen ikke er det, til tross for at endringen er vesentlig. Spørsmålet blir da om den opprinnelige kontrakt, eventuelt inkludert endringen, eller endringen alene utgjør vurderingsgrunnlaget for hvorvidt sanksjonen «uten virkning» er anvendelig.

Sett hen til at det grunnleggende spørsmålet i læren om vesentlige endringer nettopp er hvorvidt endringen er å anse som en ny kontrakt ut over den opprinnelige, så er det naturlige at verdien av den ulovlige vesentlige endringen må overstige EØS-terskelverdi.

KOFA synes også å dele dette synet. I sak 2011/209 som er referert over i punkt 2.3.3., hadde oppdragsgiver i tillegg til å endre konkurransegrunnlaget etter kunngjøring også forlenget kontrakten i 7 ½ måned etter utløp av den opprinnelige kontrakt. Dette ble av KOFA vurdert til å være en vesentlig endring og derfor å anse som en ny avtale. Etter å ha lagt dette til grunn reiste KOFA spørsmålet om innklagedes unnlatelse av å kunngjøre den nye kontrakten var en ulovlig direkte anskaffelse. Utgangspunkt ble da tatt i hva oppdragsgiver hadde betalt for renovasjonstjenestene i de aktuelle 7 ½ månedene, og ut ifra dette kom nemnda til at summen oversteg EØS-terskelverdi med den virkning at kontrakten skulle vært kunngjort i henhold til FOA del III § 18-1. KOFA la altså til grunn endringens verdi som parameter, og ikke den opprinnelige kontraktsverdi. For sanksjonen «uten virkning» betyr dette at endringens verdi må overstige EØS-terskelverdi om den skal være anvendelig for domstolene.

Allikevel er ikke dette like rett frem i alle henseender. Visse endringer kan gi et annet resultat. Dersom endringen består i bytte av leverandør, hvilket som hovedregel ikke er tillatt jf. pressetext-saken, så omfatter endringen hele den ytelse ny leverandør skal prestere. Dette kan være deler av eller hele den totale ytelse, avhengig av om opprinnelig leverandør har prestert noe i det hele tatt. I denne situasjonen kan altså endringens verdi tilsvare den opprinnelige kontraktsverdien.

På bakgrunn av det overnevnte må det altså legges til grunn at det er endringens verdi som må overstige EØS-terskelverdi for at sanksjonen «uten virkning» er aktuell jf. LOA § 13. På den annen side kan endringens verdi være den samme som verdien av den opprinnelige kontrakt, avhengig av endringens karakter.⁵⁸

2.4.2. Vil sanksjonen «uten virkning» gjelde for hele kontrakten eller kun endringen?

Dette spørsmålet har tett sammenheng med vurderingen gjort over og løsningen må i stor grad bli parallell. Goller/Kreyberg mener det må være den ulovlige endringen som eventuelt kjennes uten virkning dersom det er mulig å skille denne

⁵⁸ I samme retning også Goller/Kreyberg (2012) s. 63, men deres analyse foretatt med utgangspunkt i spørsmålet om opprinnelig kontraktsverdi eller endringens verdi skal være beregningsgrunnlag for overtredelsesgebyr. Dette er skrevet i henhold til rettstilstanden før håndhevelsesdirektivet ble gjennomført i norsk rett.

fra den opprinnelige kontrakten.⁵⁹ Dette er åpenbart mest i samsvar med tankesettet om at vesentlige endringer utgjør nye, separate avtaler som eventuelt må kunngjøres i henhold til anskaffelsesreglene, og må derfor antas å være det riktige rettslige resultat. Dette spørsmålet synes ikke å være adressert i utredningen til Håndhevelsesutvalget⁶⁰ og det foreligger foreløpig ikke praksis fra verken EU-domstolen eller norske domstoler.

2.4.3. Potensielle virkninger av håndhevelsesdirektivet

Endringene håndhevelsesdirektivet førte med seg er fortsatt «ferske» i norsk anskaffelsesrett og det er for tidlig å uttale seg bastant om virkningene. Allikevel må det knyttes noen bemerkninger til de endringer som ble innført med gjennomføringen av direktivet, sett opp i mot denne avhandlingens tema.

En positiv følge av at en ulovlig kontraktsendring kan kjennes uten virkning er at konkurransesituasjonen faktisk kan gjenopprettes og ny konkurranse kan avholdes. Dette er særlig tilfellet der endringen og opprinnelig kontrakt kan skilles fra hverandre uten store konsekvenser for oppnåelse av kontraktens formål.

På den annen side kan oppdragsgivere i lys av de nye sanksjoner vegre seg for å gjøre ressurseffektive og nødvendige kontraktsendringer, særlig de endringene man er usikker på om må anses vesentlige eller ikke. Et eksempel er at leverandøren misligholder sine forpliktelser, men partene er uenige om hvorvidt det er grunnlag for heving. Hvis det er tale om en stor og kompleks kontrakt vil oppdragsgiver på bakgrunn av tvil om sin rettslige stilling samt det behov kontrakten skulle dekke, typisk ønske å forhandle frem en forliksløsning hvor partenes forpliktelser endres betydelig i den hensikt å kunne avslutte kontrakten så fort som en hensiktsmessig avvikling tillater, hvorpå ny kunngjøring kan skje.⁶¹ Hvis oppdragsgiver er usikker på hvorvidt endringsavtalen er å anse som vesentlig eller ikke, og derfor avstår fra å inngå slik avtale i frykt for sanksjonen «uten virkning», vil det gi et lite ressurseffektivt resultat.

Dette er ikke noen uventet mulig effekt av håndhevelsesdirektivets gjennomføring. Tvert imot er det uttalt i så vel direktivets fortale som i Håndhevelsesutvalgets utredning at man søker å gi regelverket en avskrekkende virkning overfor oppdragsgivere.⁶²

⁵⁹ Goller/Kreyberg (2012) s. 63.

⁶⁰ NOU 2010: 2.

⁶¹ Eksempelet er inspirert av saken Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet fra det danske Klagenævnet for Udbud (KFU), datert 3. november 2011.

⁶² Direktiv 2007/66/EF fortalens pkt. 13 og NOU 2010: 2 bl.a. på s. 100.

I denne sammenheng må det imidlertid også påpekes at en oppdragsgiver som ønsker å gjøre endring i en løpende kontrakt og er usikker på hvorvidt denne er ulovlig i henhold til endringslæren, kan unngå potensiell anvendelse av sanksjonen «uten virkning» ved å gjennomføre en intensjonskunngjøring og vente ti dager med å inngå endringsavtalen jf. LOA § 13 og FOA § 18-3a jf. § 22A-1 (2).⁶³

Håndhevelsesutvalget har lagt til grunn at det ikke gjelder et krav om aktsom god tro fra oppdragsgivers side i forhold til at endringen ikke er vesentlig.⁶⁴ Poenget er nettopp at oppdragsgiver skal kunne anvende dette virkemiddelet når han er usikker på hvorvidt det kan gjøres en kontraktsendring eller foretas en direkte anskaffelse, uten kunngjøring etter regelverket.

Intensjonskunngjøringen gir leverandørene mulighet til å stoppe en kontraktsendring de mener er ulovlig. Ved begjæring om midlertidig forføyning til tingretten innen utløpet av tidagersperioden vil oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt suspenderes inntil tingretten har tatt stilling til begjæringen jf. FOA § 22-3a.

Et annet relevant aspekt ved gjennomføringen av håndhevelsesdirektivet er at man må gå til domstolene for å kunne nedlegge påstand i henhold til de nye sanksjoner. Dette fører med seg prosessrisiko i form av saksomkostninger og saksutredning i forkant. Særlig må det antas at små og mellomstore bedrifter vil vegre seg for å anlegge sak på denne bakgrunn.⁶⁵

Hva gjelder KOFA så mistet de sin kompetanse til å ilegge overtredelsesgebyr for ulovlige direkte anskaffelser ved gjennomføringen av håndhevelsesdirektivet. Håndhevelsesutvalgets mindretall var av den oppfatning at KOFA burde beholde denne myndigheten.⁶⁶ Nå som KOFA er rent rådgivende, vil ikke leverandørene nødvendigvis anse en klage hit verdt bryet siden det uansett ikke kan bli aktuelt med sanksjoner ovenfor oppdragsgiver. I tillegg har også gebyret for å klage til KOFA blitt økt fra 860 kroner til 8000 kroner for en vanlig klagesak og fra 0 kroner til 1000 kroner for en ulovlig direkte anskaffelse. Ett år etter at disse endringene trådte i kraft meldte KOFA om en drastisk nedgang i antall saker. Antallet klager var mer enn halvert og særlig gjaldt dette klager på ulovlige direkte anskaffelser.⁶⁷

⁶³ Dette hadde blitt gjort i saken Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet fra det danske Klagenævnet for Udbud (KFU), datert 3. november 2011.

⁶⁴ NOU 2010: 2 s. 115.

⁶⁵ Dette er også påpekt av mindretallet (utvalgets medlem Gjønnnes) i NOU 2010: 2 på s. 226.

⁶⁶ NOU 2010: 2, fremholdt av medlemmet Gjønnnes, se s. 226.

⁶⁷ Se KOFA pressemelding publisert 24. juni 2013 på KOFA hjemmesider – <http://www.kofa.no/no/aktuelt/nyheter/2013/Okt-gebyr--farre-saker/>

Effekten av at antallet beslutninger som blir angrepet går ned, grunnet høy terskel for å gå til domstolene og at det er mindre attraktivt å klage til KOFA, er at håndhevelsesdirektivet muligens ikke får den avskrekkende effekt på oppdragsgivere som antatt siden sjansen for å få sine anskaffelsesbeslutninger angrepet blir mindre.

På den annen side vil da kanskje heller ikke oppdragsgivere vegre seg for å gjøre ressurseffektive og nødvendige endringer i kontrakter, selv om de skulle befinne seg i en gråsone sett opp mot endringslæren. Likevel er det ikke noe mål å ha et anskaffelsessystem som gir rom for tvilsomme kontraktsendringer, det bør heller være et mål å ha et mer fleksibelt materielt regelverk og et fungerende håndhevelsessystem.

Oppsummert så vil sannsynligvis gjennomføringen av håndhevelsesdirektivet ha en påvirkning på oppdragsgiveres holdning til hvorvidt det bør gjøres endringer i inngåtte kontrakter, og særlig når det er tale om endringer hvor lovligheten av endringen ikke er fullt ut åpenbar. Allikevel er det for tidlig å trekke klare konklusjoner om håndhevelsesdirektivets virkning etter som det kun er halvannet år siden ikrafttredelse i norsk rett. Dessuten vil virkningen på sikt hva gjelder kontraktsendringer også påvirkes av den foreslåtte kodifiseringen av vesentlighetslæren og hvor klare føringene her blir.

3. ENDRINGSLÆREN KONTRA EFFEKTIV RESSURSBRUK

I denne delen av avhandlingen skal det gjøres en analyse av praksis knyttet til læren om vesentlige endringer i tildelte kontrakter. Det vil i punkt 3.2.1. og 3.2.2. bli tatt utgangspunkt i to saker fra KOFA. Fellesnevneren for disse to sakene er at de dreier seg om komplekse og langvarige kontrakter. En annen fellesnevner er at endringsbehovene har grunnlag i ressurseffektivitet.

Det som virkelig gjør disse utvalgte sakene interessante er hvor klart effektivitetshensynet taler for å tillate kontraktsendring i lys av sakens natur. Dette til tross for at hensynene til transparens og likebehandling trekker i motsatt retning. Etter en analyse av hvordan klagenemnden begrunner sine konklusjoner vil det søkes å sammenholde deres vurderinger med praksis fra EU-domstolen. Særlig interessant i denne sammenheng er hvorvidt den forutsatte forskjell mellom vekten av effektivitetshensynet i norsk anskaffelsesrett kontra EUs målsettinger med reglene, gir seg utslag i praktisk rettsanvendelse.

3.1. Forskjellen mellom enkle og komplekse kontrakter

Som nevnt over dreier de to utvalgte saker seg om komplekse og langvarige kontrakter. Det er i disse tilfellene effektivitetshensynet i særlig grad kan trekke i motsatt retning av de to forutsatt viktigste hensynene bak forbudet mot endringer, transparens og likebehandling.⁶⁸ I enklere kontrakter derimot, typisk kjøp av artsbestemte ting eller

⁶⁸ Jf. pressetext-saken avsnitt 34, som referert over i bl.a. pkt. 2.3.1.

levering av ukompliserte tjenester, så vil det for det første være mindre problematisk å skille ut eksempelvis et oppdukkende behov for ekstra ytelser i en ny anskaffelse i henhold til reglene. I tillegg vil det ofte heller ikke være mye penger å spare på å inkludere endringsbehovet i en løpende kontrakt, og denne eventuelle mindre besparelsen vil uansett ikke ha særlig vekt sett hen til at et korrekt bilde av kontraktens omfang på kunngjøringstidspunktet er avgjørende for en hensiktsmessig og rettferdig konkurranse. Enkelt sagt vil ikke kostnadsbesparelsene/forholdet mellom pris ved utvidelse av kontrakt og pris ved ny anskaffelsesprosess og ny kontrakt, være stort nok til å sette til side de åpenbart viktige hensynene til transparens og likebehandling. Dessuten kan det også tenkes situasjoner der oppdragsgiver kan oppnå bedre pris ved ny anskaffelsesprosess enn ved å utvide en eksisterende kontrakt.

Et illustrerende eksempel på en sak hvor effektivitetshensynet trakk i samme retning som hensynene til likebehandling og transparens er European Land Solutions Ltd. mot Kystdirektoratet fra det danske Klagenævnet for Udbud.⁶⁹ Saken gjaldt rydding av gjeliggende miner etter andre verdenskrig på halvøya Skallingen. Syv virksomheter anmodet om prekvalifisering og fem ble prekvalifisert. Grunnet at flere av minetyperne lagt i området hadde gått i oppløsning i tidens løp var det nødvendig at tilbyder kunne detektere gjeliggende tenner av typen ZZ-42, som i seg selv er eksplosive, på et visst dyp i våt sand. Etter gjennomføring av konkurransen ble et joint venture kalt Minegruppen tildelt kontrakt. Etter kontraktstildelingen ble det gjennomført utstyrstest hvor det viste seg at Minegruppen hadde store vanskeligheter med å detektere ZZ-42 i det hele tatt. På bakgrunn av dette ble det gjort en ny risikovurdering av oppdragsgiver hvor man konkluderte med at ZZ-42 utgjorde en meget liten fare for badegjestene. Det i konkurransen fastsatte krav om deteksjon av disse tennene ble så fraveket hva gjaldt Minegruppens gjennomføring av kontrakten.

Klagenemnden kom ikke overraskende til at denne endringen i de fastsatte krav etter kontraktsinngåelse var en ulovlig endring av kontrakten. Til tross for at det tidsmessig var ressursbesparende å endre kontrakten på dette punkt i lys av testresultatene etter kontraktsinngåelse, så hadde klager anført at han kunne redusert sin pris med 30-40 % om kravet til deteksjon av ZZ-42 ikke hadde vært en del av konkurransegrunnlaget. På denne bakgrunn er det således åpenbart at endringen ikke bare undergraver konkurranseprosedyren, men at det også var vesentlige summer å spare for oppdragsgiver ved å heve kontrakten og gjennomføre ny konkurranse. Hensynet til effektiv ressursbruk trakk således i samme retning som hensynene til likebehandling og transparens.

Saken viser også at det ikke kan trekkes opp noen klar grense mellom enkle og komplekse kontrakter hva gjelder effektivitetshensynets betydning.

Mineryddingskontrakten kan etter sin natur kategoriseres som en kompleks kontrakt og dersom uforutsette omstendigheter, eksempelvis værforhold, hadde gjort at det oppsto behov for endringer i tidskravene på et senere stadium av

⁶⁹ Datert 10. juli 2008.

kontraktsgjennomføringen, kunne effektivitetshensynet trukket i motsatt retning av hva som var tilfellet i klagesaken.

Altså er det et samspill mellom kontraktens karakter og endringens art som avgjør i hvilken retning effektivitetshensynet gjør seg gjeldende.

3.2. Effektivitetshensynets vekt ved endringer i komplekse kontrakter – to eksempler fra praksis

3.2.1. Norske Laboratorieleverandørers Forening mot Helse Bergen HF – KOFA sak 2010/212⁷⁰

3.2.1.1. Sakens essens

Helse Bergen skulle i 2008-2009 flytte sitt laboratorieutstyr til et nyoppført laboratoriebygg. Instrumentene til Helse Bergen var modulbasert og i sin tid levert av Roche Diagnostics, som hadde løpende avtaler for service og levering av forbruksmateriell på flyttetidspunktet. I henhold til serviceavtalen hadde leverandøren ansvar for å besørge flyttingen av instrumentene til det nye laboratoriebygget. Istedenfor å flytte disse foreslo leverandøren imidlertid å bytte ut de gamle modulene med nye gjennom en utlånsavtale, grunnet at dette ville redusere risiko for nedetid og feil. Dette ble akseptert av oppdragsgiver og det nye laboratoriebygget ble satt opp med åtte nye moduler som substitutt for de åtte modulene Helse Bergen hadde i sin gamle lab. I tillegg ble det også satt opp tre ekstra instrumenter som den gamle laben ikke hadde hatt grunnet økt analysemengde de senere årene og behov for back-up funksjon. Selv om det for alle de nye instrumentenes vedkommende var tale om et vederlagsfritt lån, så medførte utlånet større inntekter for leverandøren gjennom serviceavtalen og levering av forbruksmateriell, hvilket var et sentralt poeng fra klagers side.

I sin vurdering av hvorvidt det var foretatt en ulovlig direkte anskaffelse delte KOFA låneavtalen i to. På bakgrunn av serviceavtalen ble det ansett klart at utlånet av åtte moduler som substitutt for de gamle ikke var noen ulovlig direkte anskaffelse sett hen til leverandørens forpliktelser i forbindelse med flyttingen. Dessuten førte ikke dette utlånet med seg noen økte utgifter i form av forbruksmateriell eller service.

Hvorvidt utlånet av de tre ekstra instrumentene var en ulovlig direkte anskaffelse, var problemstilling nummer to. Kjernen i denne vurderingen var at utlånet medførte høyere inntekter for leverandøren og dermed en utvidelse av det eksisterende avtaleforhold. KOFA viste til vurderingskriteriene fra pressetext-saken, men pekte blant annet på at Helse Bergen hadde et behov for utvidet kapasitet og at en ny anskaffelsesprosess (som etter planen skulle

⁷⁰ Datert 14. mars 2011.

skje i 2011) ville medført kassering av hele den eksisterende instrumentpark siden kompatibilitet fulgte leverandør. KOFA skriver at «Et slikt utfall ville ikke ha sikret *“en mest mulig effektiv ressursbruk”* av offentlige midler, jf. lovens § 1»⁷¹ og konkluderte med at det ikke forelå en ulovlig direkte anskaffelse.

3.2.1.2. Rettslig analyse

Det er sakens spørsmål nummer to, vedrørende de tre ekstra instrumentene, som er det interessante.

I premiss 39 peker KOFA på at de tre ekstra instrumentene førte med seg en litt over 50 % økning i serviceutgifter og en cirka 20 % økning i utgifter til forbruksmateriell. Dette ga tilsvarende økte inntekter for leverandør. I henhold til kriteriene fra Pressetext-saken er dette en betydelig utvidelse av avtalen hvilket taler for å anse endringen som vesentlig og ulovlig, noe også KOFA påpeker med forbeholdet «isolert sett».⁷²

Allikevel ble ikke dette avgjørende. Med støtte i en tidligere KOFA-sak hvor kontraktsomfanget ble redusert med 50 % uten at nemnda konkluderte med ulovlig endring, gikk man videre i den konkrete vurderingen.

I saken Kommisjonen mot Tyskland⁷³, vedrørende mangelfull kunngjøring av kontrakter for ambulansetjenester, var et av sakens spørsmål hvorvidt en kontraktsendring i form av utvidet ansvarsområde for leverandøren av ambulansetjenester i Uelzen-distriktet var en vesentlig og ulovlig endring.

EU-domstolen fremhevet utgangspunktet om at endringen er å anse som tildeling av ny kontrakt når «it extends the scope of the contract considerably to encompass services not initially covered»⁷⁴, og la uten videre til grunn at en områdeutvidelse på 25 % og en økning i kontraktsverdi på 15 % klart var å anse som en ulovlig vesentlig endring.⁷⁵

Her var det altså tale om en prosentvis mindre økning av kontraktens verdi i forhold til laboratoriesaken (begge vurderingene ble gjort per år), men allikevel var EU-domstolen meget klar i sin tale. Det var ikke tvil om at endringen var vesentlig.

⁷¹ Premiss 41.

⁷² I premiss 39.

⁷³ C-160/08. Avsagt 29. april 2010.

⁷⁴ Dommens premiss 99.

⁷⁵ Dommens premiss 100-101 i lys av Generaladvokatens uttalelse i avsnitt 134.

Et videre poeng fra KOFA sin side i laboratoriesaken, som ble vektlagt til fordel for oppdragsgiver, var at endringen ikke medførte nye former for tjenesteytelser, men kun utvidet omfang.⁷⁶ Samme var faktisk anført av Tyskland i ambulansesaken uten at Tyskland på dette punkt ble hørt av EU-domstolen.⁷⁷

Avslutningsvis i laboratoriesaken la KOFA vekt på Helse Bergens behov for større prøvekapasitet og hva som var den mest hensiktsmessige pengebruk. Hensynet til effektiv ressursbruk fikk altså avgjørende vekt til tross for at det var tale om en betydelig utvidelse av kontraktsomfanget og leverandørens inntekter. Og som KOFA selv påpekte indirekte i premiss 39, talte hensynene til transparens og likebehandling av tilbydere for et resultat i motsatt retning.

Allikevel viste KOFA forståelse og mente at foreliggende tilfelle var utenfor hva man kunne forvente at oppdragsgiver kunne avverge ved planlegging.

Tendensen i EU-domstolens praksis synes imidlertid ikke like liberal på dette punkt. Domstolen stiller gjennomgående relativt strenge krav til oppdragsgivers planleggingsevne. Egnert for å illustrere dette er flere saker vedrørende hvorvidt det forelå uforutsette omstendigheter som berettiget prosedyren for handling uten kunngjøring, sml. FOA § 2-1 (2) bokstav c og § 14-4 bokstav d.⁷⁸

I sak C-318/94⁷⁹ hadde tyske myndigheter behov for å gjøre en utdyping av elven Ems slik at et skip bygget av et lokalt verft kunne leveres kunde. Det forelå en fastsatt leveringsdato og forsinkelse ville medført høye bøter per dag. I prosessen med å innhente de nødvendige tillatelser til arbeidet oppsto det problemer som medførte forsinkelse, noe oppdragsgiver anførte var uventet. Når nødvendig godkjenning endelig forelå var det ikke tid til å avholde åpen anbudskonkurranse dersom verftets leveringsfrist skulle overholdes og tyske myndigheter så seg derfor nødt til gjøre en direkte kontraktstildeling på det nødvendige arbeidet.

EU-domstolen hadde imidlertid lite forståelse for de administrative problemer tyske myndigheter hadde vært utsatt for og uttalte at

⁷⁶ Laboratoriesaken premiss 40.

⁷⁷ Anført i sakens premiss 63.

⁷⁸ Dette er de någjeldende norske unntaksbestemmelsene som tilsvarer vurderingstemaet i dommene som skal refereres. Poenget om betydningen av praksis iht. disse bestemmelsenes motstykke i EU-direktivene er hentet fra Poulsen (2012) side 173-174.

⁷⁹ *Kommisjonen mot Tyskland*. Avsagt 28. mars 1996.

«Det forhold, at et organ, der skal godkende et projekt, rejser indvendinger inden den herfor fastsatte dato af grunde, som den har ret til at gøre geldende, udgør således en forudseelig faktor i gennemførelsen af proceduren for godkendelse af planerne.»⁸⁰

Følgelig mente EU-domstolen at tyske myndigheter skulle forutsett muligheten for administrative problemer og at direkte anskaffelse ikke var berettiget.

Et annet eksempel er sak C-24/91.⁸¹ Et universitet i Madrid måtte i løpet av første halvår 1989 utvide sin bygningsmasse for å kunne huse et økende antall studenter kommende høst. De nødvendige budsjett-bevilgninger forelå ikke før i februar. Grunnet tidsnød i forhold til semesterstart og den uforutsette omstendighet som man mente økt studentmasse var, ble det gjort en direkte kontraktstildeling på byggearbeidet.

EU-domstolen var derimot ikke enig i at det forelå en uforutsett omstendighet da man mente det uansett var tid til å iverksette hasteprosedyren etter dagjeldende direktivs artikkel 15. Dette ville medført at man måtte vente minst 22 dager før kontraktsinngåelse og var basert på et regnestykke hvor universitetet allerede dagen etter budsjettvedtaket skulle iverksatt kunngjøringsprosess. I denne sammenheng påpeker Generaladvokaten at man «kunne have forberedt kontraktindgåelsen paa administrativt plan, ogsaa selv om proceduren ikke formelt var paabegyndt».⁸²

Vedrørende de spanske myndigheters argument om at økningen i studentmassen ikke kunne forventes forutsett så uttalte Generaladvokaten:

«Men det store antal nytilmeldinger var dog ikke en pludselig og uforudsigelig begivenhed, som uventet havde ramt universitetet og noedvendiggjort oejeblikkelige foranstaltninger. Lad os antage, at den konstante stigning i antallet af studerende paa et givet tidspunkt havde gjort situationen uholdbar. En saadan udvikling er paa ingen maade uforudsigelig.»⁸³

Det er vanskelig å overse parallellen mellom dette siste sitatet fra Generaladvokaten og KOFAs sympati for Helse Bergens økte prøvemengde i laboratoriesaken. I begge tilfellene var det tale om et økt behov som hadde utviklet seg over en viss tid.

⁸⁰ Dommens premiss 18.

⁸¹ *Kommisjonen mot Spania*. Avsagt 18. mars 1992.

⁸² Generaladvokatens uttalelse avsnitt 24.

⁸³ Premiss 29.

Riktig nok angår de ovenfor refererte saker fra EU-domstolen ikke spørsmålet om endringer i tildelte kontrakter og derfor ikke nøyaktig det samme vurderingstemaet som i laboratoriesaken. Allikevel er det en klar relevans i forhold til hvilke forventninger som stilles til oppdragsgivers planleggingsevne.

I laboratoriesaken hadde oppdragsgiver planlagt å igangsette ny anskaffelsesprosess for laboratorieinstrumenter i 2011. Dette hadde grunnlag i budsjettmessig planlegging og for KOFA var det et viktig poeng at iverksettelse av en anskaffelsesprosess i 2009, når de tre ekstra instrumentene ble lånt fra leverandør, ville bety at instrumentparken måtte kasseres før utløpt levetid, som var minst ti år. Til dette kan det innvendes at instrumentparken ble anskaffet i år 2000 og derfor ville passere ti år i 2010. Når dette sammenholdes med de krav EU-domstolen stiller til oppdragsgivers planleggingsevne, som belyst over, så synes det som at KOFA i laboratoriesaken viser en forståelse for oppdragsgivers utfordringer som ikke har dekning i EU-domstolens praksis.

Oppsummert så mente altså KOFA at en betydelig økning i leverandørens inntekter som følge av utlånsavtalen, ikke i seg selv var nok til å konstatere at vesentlig endring forelå. Dette til tross for at EU-domstolen nylig hadde underkjent en endring med langt lavere endringsverdi i favør av leverandør.

Etter dette påpekte KOFA at det kun var tale om endret omfang og ikke nye typer tjenesteytelser, hvilket talte for å akseptere endringen. Dette var ikke av betydning for EU-domstolen når anført av Tyskland.

Avgjørende for KOFA ble til slutt hensynet til effektiv ressursbruk og det ble dermed tatt hensyn til at det ikke var budsjettert med innkjøp av nye instrumenter før i 2011. Slik sympati for nasjonale myndigheters behov og planlegging er det vanskelig å se spor av i praksis fra EU-domstolen.

Sammenholdt synes det klart at KOFA sin vurdering i laboratoriesaken ikke har dekning i praksis fra EU-domstolen.

3.2.2. Nødnettsaken – KOFA forente saker 2011/259 og 2012/235⁸⁴

3.2.2.1. Sakens essens

I 2004 kunngjorde Justis- og politidepartementet en konkurranse med forhandling for utbygging og drift av nytt nødnett i Norge. Konkurransen omfattet fire kontrakter. En for utbygging og leveranse, en for drift og vedlikehold, en rammeavtale for levering av utstyr og en overbyggingskontrakt som definerte forholdet mellom de ulike kontraktene.

⁸⁴ Datert 29. april 2013.

Vinneren av konkurransen ble Siemens AS. Kontraktene ble inngått i desember 2006. I april 2007 ble kontraktene overdratt fra Siemens til Nokia Siemens Network Norge AS (NSN) i forbindelse med en fusjon. Dette ble godkjent av Justisdepartementet. I 2012 ble kontraktene igjen overdratt fra NSN til Motorola Solutions Norway AS, som tidligere var underleverandør. Også denne overdragelsen ble godkjent av Justisdepartementet.

Overdragelsen fra Siemens til NSN ble klaget inn til KOFA i 2011. Cirka ett år senere leverte samme klager en ny klage, denne gang relatert til overdragelsen fra NSN til Motorola. Disse to klager ble forent og behandlet samlet. Det var anført at begge disse to overdragelsene utgjorde vesentlige endringer i de tildelte kontrakter og dermed ulovlige direkte anskaffelser. I tillegg var det også anført at det var gjort vesentlige endringer i kontraktens innhold når disse var på NSN sin hånd.

Nødnettsaken var i sin helhet meget kompleks og omfattende. Innklagede påpekte at kontraktene alene besto av mer enn 3000 sider pluss tillegg på 500 sider. Betalingsmodellen var på 10 000 sider og de tekniske spesifikasjoner utgjorde cirka 9000 dokumenter. I tillegg var store deler av kontraktene underlagt bevisforbudsregler. KOFA har selv uttalt i en pressemelding at «Omfanget av kontraktene og dei spesielle omstende som låg føre har gjort dette til ei av dei mest komplekse sakene KOFA har handsama (...)».⁸⁵

Hva gjaldt overdragelsen fra Siemens til NSN så fant KOFA at denne anførselen var klagerettslig foreldet. Anførselen om at det var gjort vesentlige endringer i kontraktens innhold når NSN var kontraktsmotpart måtte også avvises med grunnlag i bevisforbudet og manglende tilgang på informasjon for KOFA.

Anførselen om at overdragelsen fra NSN til Motorola var en ulovlig vesentlig endring av kontraktene kunne derimot behandles.

Bakgrunnen for at overdragelsen kom i stand var at NSN ved flere anledninger hadde misligholdt sine forpliktelser overfor innklagede og overfor sin underleverandør Motorola. NSN hadde også opplyst overfor Direktoratet for nødkommunikasjon at nødnett ikke var et satsningsområde og at NSN helst ville selge virksomheten eller overdra nødnettkontraktene. Etter som deler av nødnettet allerede var bygget ut med teknologi fra Motorola og kun kompatibelt med utstyr fra dette selskapet, fant staten at eneste alternativ var å akseptere at Motorola trådte inn som kontraktsmotpart. Alternativet var å tape pengene allerede investert i nødnettet.

⁸⁵ KOFA pressemelding publisert 16. mai 2013 – <http://www.kofa.no/no/aktuelt/nyheter/2013/Overforing-av-nodnettkontrakter-var-lovlig/>

I sin konkrete vurdering tok KOFA utgangspunkt i pressetext-saken og den klare hovedregel om at endring av kontraktspart er å anse som en vesentlig endring av kontraktene. Spørsmålet var om

«(...) de konkrete forholdene i denne saken kan begrunne et unntak fra utgangspunktet om at endringen av en kontraktspart utgjør en endring av en vesentlig kontraktsbestemmelse.»⁸⁶

På bakgrunn av praksis fra EU-domstolen og juridisk teori mente KOFA det var rom for å se hen til sakens spesielle omstendigheter og ta hensyn til disse. Det ble særlig påpekt at nødnettet var viktig for samfunnssikkerheten i lys av angrepet på Utøya og at en ny anskaffelsesprosess ville medført så vel betydelig forsinkelse som ytterligere utgifter i milliardklassen. Hensynet til effektiv ressursbruk talte altså med tyngde for å tillate endringen.

KOFA konkluderte til slutt med at overdragelsen av nødnettkontraktene fra NSN til Motorola ikke var en vesentlig endring av disse og således ikke en ulovlig direkte anskaffelse.

3.2.2.2. Rettslig analyse

Argumentasjonen til KOFA i denne saken kan deles inn i to overordnede deler. Sett hen til utgangspunktet om at bytte av kontraktspartner som en klar hovedregel er å anse som vesentlig endring, måtte KOFA først vurdere om det var grunnlag for unntak ved særlige omstendigheter. Når KOFA hadde slått fast at slikt rom forelå kom de til vurderingens del to, som var hvorvidt denne sakens konkrete omstendigheter var tilstrekkelig.

3.2.2.2.1. Del 1 av argumentasjonen

Hva gjelder del 1 så viser KOFA til europeisk juridisk teori hvor det heter at oppdragsgivere i ekstraordinære situasjoner kan overføre kontrakter til ny medkontrahent. Videre pekes det på situasjonen hvor leverandør går konkurs, hvilket er en situasjon KOFA mener «til en viss grad» er sammenlignbar med den foreliggende.⁸⁷ Grunnen til at konkurssituasjonen får oppmerksomhet er at det finnes noe juridisk teori som omtaler adgangen til å bytte kontraktspart i dette tilfellet, mens det er meget sparsomt på teori angående bytte som følge av mislighold.

Mer spesifikt peker KOFA på en artikkel av Steen Treumer publisert i Public Procurement Law Review. Det KOFA trekker ut av denne er at EU-kommisjonen i sin praksis godtar bytte av kontraktspart dersom oppdragsgiver ikke kan bebreides for den situasjon som er oppstått og

⁸⁶ Premiss 49.

⁸⁷ Premiss 55.

forutsatt at transaksjonen ikke representerer omgåelse av regelverket. I tillegg pekes det på at oppdragsgivers sikkerhet for gjennomføringen av kontrakten ivaretas ved at det skjer en prøving av kvalifikasjonskravene hos den nye leverandør.

Interessant i denne sammenhengen er hvor stor grad av likhet det er mellom konkurssituasjonen og situasjonen hvor oppdragsgiver ønsker å bytte leverandør som følge av leverandørens mislighold. Treumer skriver at Kommisjonen i sin praksis har lagt vekt på

«(...) the fact that bankruptcy is an extraordinary event that follows from circumstances that can be objectively established and where a change of the contractual partner is natural in the context.»⁸⁸

Når det gjelder objektive omstendigheter kan det anføres at mislighold ikke på samme måte er lett identifiserbart objektivt sett. Ofte vil partene være uenige om hvorvidt det egentlig foreligger mislighold, og hvis mislighold klart foreligger kan det være av ulik type og alvorlighetsgrad. Det er således ikke på samme måte som ved konkurs tale om et klart resultat objektivt sett som tilsier fleksibel anvendelse av endringslæren.

I tillegg kommer det at konkurs som den store hovedregel verken er ventet eller ønsket av leverandøren eller oppdragsgiver, og således en ekstraordinær begivenhet jf. sitatet over. Ved mislighold er også dette aspektet mer relativt. I nødnettsaken var jo nettopp tilfellet at nødnett ikke var noen prioritert oppgave hos leverandøren som helst ønsket å selge kontraktene eller eventuelt hele virksomheten videre. I slike tilfeller er det ikke tale om en ekstraordinær situasjon på samme måte som ved konkurs siden leverandøren med større eller mindre grad av bevissthet har plassert seg i en misligholdssituasjon.

Et viktig aspekt ved dette er også hensynet til likebehandling av tilbyderne som deltok i den opprinnelige konkurransen. Dersom leveringstid var et viktig tildelingskriterium og leverandør A og B ble utkonkurrert av C som oppga en leveringstid som ikke var helt realistisk for hans virksomhets vedkommende, og det så viser seg at C ikke klarer eller ønsker å møte tidskravet likevel, vil det åpenbart ikke være i samsvar med hensynet til likebehandling å tillate at C i denne situasjonen selger kontrakten videre til en annen leverandør i den hensikt å unngå eksempelvis dagbøter. Dette til tross for at oppdragsgiver kanskje ønsker et videresalg av kontrakten grunnet at ny kontraktspart viser større vilje til å få jobben gjort. Poenget her, som også Kommisjonen må ha hatt i sine tanker, er at stor fleksibilitet i endringslæren vil gå på bekostning av reell

⁸⁸ Treumer (2012) s. 157.

konkurranse om offentlige kontrakter og således kunne undergrave anskaffelsesdirektivenes formål.

Videre kan det også spørres hvorvidt bytte av kontraktspartner er like naturlig i konteksten mislighold som ved konkurs. Som påpekt over er det for det første vanskeligere å trekke opp en klar skillelinje hvor misligholdet er så graverende at et bytte er naturlig. Det kan også spørres om ikke oppdragsgiver bør henstilles om å anvende kontraktens misligholdssanksjoner fullt ut i slike tilfeller etter som å tillate salg av kontrakten i visse tilfeller kan være å «belønne» en utspekulert leverandør. Hva gjelder dette siste poenget har Kommisjonen riktig nok oppstilt et krav om at endringen etter en konkret vurdering ikke bærer preg av å være en omgåelse av anskaffelsesregelverket, hvilket ble adressert av KOFA og vurdert som uproblematisk i nødnettsaken.

Et annet poeng fra Treumer som taler for å tillate bytte av kontraktspart ved konkurs er hensynet til kreditorene.⁸⁹ Dersom anskaffelsesretten skulle legge hindringer på bostyrers rett til å selge løpende kontrakter og dermed ivareta selskapets kreditorer ville man oppnå en uønsket effekt. Selvfølgelig kreves uansett oppdragsgivers aksept i et slikt tilfelle, men slik aksept hjelper lite dersom det er et materielt forbud mot slikt salg i anskaffelsesretten. Ved misligholdssituasjonene er det ikke noe kreditorhensyn som taler for å tillate bytte av kontraktspart.

Oppsummert så synes det ikke å være noen gjennomgående klar relevans mellom unntakssituasjonen konkurs og tilfellet hvor kontrakten lider som følge av leverandørens mislighold. På den annen side hevder heller ikke KOFA at situasjonene er direkte sammenlignbare, det påpekes at de er sammenlignbare «til en viss grad» som nevnt over. Essensen KOFA trekker ut av dette materialet er at det finnes rom for unntak fra hovedregelen om forbud mot bytte av kontraktspartner, slik at man kunne gå videre i vurderingen og se på betydningen av sakens nærmere omstendigheter. Som KOFA selv skriver

«er det ikke avklart hvilke forhold som kan begrunne et unntak fra utgangspunktet om at en endring av kontraktspart utgjør en endring av en vesentlig kontraktsbestemmelse, eller hvilken terskel som skal ligge til grunn.»⁹⁰

Etter som endringslæren er ung og langt i fra ferdig utviklet og avklart, er det vanskelig å være helt uenig med KOFA sin argumentasjon her. Allikevel kan det som påpekt stilles spørsmålstegn ved hvorvidt

⁸⁹ S. 158.

⁹⁰ Premiss 58.

argumentasjonen fundert på Kommisjonens praksis og teori rundt konkurs er holdbar EU-rettslig hva gjelder tilfellet i nødnettsaken.

3.2.2.2. Del 2 av argumentasjonen

Neste hoveddel av KOFA sin argumentasjon så hen til de konkrete forholdene i saken. Når nemnda nådde dette punkt i vurderingen mente de det var en rekke omstendigheter i saken som i hvert fall samlet sett måtte innebære at Motorolas overtakelse ikke var ulovlig.

Disse omstendighetene var hensynet til effektiv ressursbruk kombinert med nasjonale sikkerhetsinteresser og Motorolas funksjon som viktig underleverandør til NSN.

Hva gjelder de påpekte nasjonale sikkerhetsinteresser så ble det i tråd med statens anførsler fremhevet av KOFA at nødnett er viktig for at de ulike nødetatene kan gjøre sin jobb på en best mulig måte. Staten anførte at angrepet på Utøya 22. juli 2011, som lå utenfor nødnettets da utbygde dekningsområde, viste at de «gamle» sambandsløsningene ikke var egnet til å håndtere en hendelse hvor store nødressurser skal koordineres. Det ble således påpekt at forsinket utbygging av nødnettet kunne føre til tap av liv ved eventuelle nye store hendelser.

Om den anskaffelsesrettslige betydningen av dette er saken om Agusta helikoptre fra EU-domstolen av interesse.⁹¹

Kommisjonen anførte her at Italia over lengre tid hadde anskaffet helikoptre i strid med anskaffelsesregelverket ved å tildele kontraktene direkte til selskapet Agusta. Italia på sin side mente disse kontraktene var unntatt kunngjøringsplikt som følge av nasjonale sikkerhetsinteresser. Flere traktat- og direktivbestemmelser ble anført til støtte for dette, blant annet bestemmelser tilsvarende FOA § 1-3 (2) bokstav a som i essens unntar anskaffelser knyttet til vesentlige sikkerhetsinteresser fra forskriftens virkeområde.⁹² Staten hadde for øvrig også anført FOA § 1-3 (2) bokstav a subsidiært i nødnettsaken, men KOFA fant det ikke nødvendig å vurdere denne anførselen.

Italia fremhevet i sin sak at helikoptrene ble kjøpt inn for både militært og sivilt bruk. Sivilt bruk var i denne sammenheng politi og andre nasjonale nødetater. Helikoptrene skulle således brukes i anti-terror arbeid så vel som ivaretagelse av innbyggernes sikkerhet på andre måter. Med dette fulgte flere aspekter som at homogenitet i landets helikopter-flåte var

⁹¹ Sak C-337/05, *Kommisjonen mot Italia*, avsagt 8. april 2008.

⁹² Dette er en noe enkel fremstilling av bestemmelsens innhold men tilstrekkelig for poenget som skal belyses.

nødvendig av både operative, logistikkmessige og kostnadsmessige hensyn samt at det var behov for hemmelighold rundt helikoptrenes spesifikasjoner. Kontraktene var derfor ikke egnet for offentlig konkurranse.

EU-domstolen ble imidlertid ikke overbevist av denne argumentasjonen. Det ble gjort en utpreget rettslig vurdering hvor de reelle hensyn fikk minimal betydning, og konkludert med at det var en forskjell på militære og sivile anskaffelser. Mer presist var det i hovedsak militære anskaffelser som kunne unntas og en delvis sivil anvendelse innebar at anskaffelsesreglene måtte følges. I tillegg hadde ikke Italia godtgjort at konfidensialitetshensyn eller kompatibilitet innebar at kun Agusta kunne levere helikoptrene. Konklusjonen ble således at direkte tildeling av kontrakter til Agusta ikke var i henhold til Italias forpliktelser etter anskaffelsesdirektivet.

Et poeng i denne sammenheng er at anskaffelsesregelverket omfatter offentlige myndigheters anskaffelser. En stor andel av disse foretas i den hensikt å bidra til borgernes sikkerhet i en eller annen form, enten det gjelder helikoptre til luftambulanse, nødnett eller instrumenter til sykehus. Antageligvis med dette i tankene uttalte Generaladvokaten i sin innstilling at

«To remove an entire industrial sector from competition procedures in order to protect national security appears neither proportionate nor necessary.»⁹³

Av dette kan det slutes at det stilles strenge krav til nasjonal sikkerhetsmessig betydning for at en kontrakt skal kunne unntas anskaffelsesregelverkets prosedyrer. Betydningen av at norske nødetater hadde behov for en ny kommunikasjonsløsning så hurtig som mulig synes således ikke å være tungtveiende i retning fleksibel anvendelse av endringslæren i henhold til EU-domstolens praksis.

Når det gjelder kostnadssiden ved en ny anskaffelsesprosedyre så var det store penger allerede investert i kontraktene. KOFA la til grunn at dersom kontraktene ikke kunne overføres til Motorola ville det medført ytterligere utgifter på 3-6 milliarder kroner. Som påpekt i punkt 2.2. synes det imidlertid som at hensynet til mest mulig effektiv pengebruk ikke tillegges særlig vekt av de sentrale EU-organer, hvilket også medfører at EU-domstolen ikke vil være spesielt lydhør for dette argumentet.

⁹³ Avsnitt 53.

Et godt eksempel fremgår gjennom LOA § 13 som regulerer den nye sanksjonen «uten virkning» for ulovlige direkte anskaffelser. Det heter i bestemmelsens tredje ledd at «uten virkning» ikke kan anvendes når «vesentlige hensyn til allmennhetens interesser» gjør det nødvendig å opprettholde kontrakten. Om forståelsen av dette vilkåret heter det i håndhevelsesdirektivets artikkel 2d nr. 3 at

«Økonomiske interesser i direkte tilknytning til den pågældende kontrakt kan imidlertid ikke udgøre væsentlige hensyn til almenhedens interesser. Økonomiske interesser i direkte tilknytning til kontrakten omfatter bl.a. (...) omkostninger som følge av udskiftningen af den økonomiske aktør, der udfører kontrakten (...).»⁹⁴

På bakgrunn av holdningen uttrykt her synes ikke omkostningene ved ny anskaffelsesprosedyre og ny leverandør å være særlig tungtveiende i retning av å tillate at Motorola overtok kontraktene, til tross for at det var store penger på spill.

Et siste viktig element i nødnettsaken var at Motorola allerede var involvert i kontraktene som sentral underleverandør. Det var altså tale om å overdra kontraktene til en aktør allerede tungt involvert i utbyggingen av nødnettet. Motorola overtok også personell og utstyr av NSN i forbindelse med overdragelsen, noe KOFA mente ga karakter av videreføring og ikke vesentlig endring av kontraktene.

Allikevel var Motorola et annet rettssubjekt enn NSN og det er ikke holdepunkter i verken praksis fra EU-domstolen eller juridisk teori for at graden av underleverandørens involvering er av betydning for overdragelsesadgangen. Tvert i mot taler den formelle forskjellen på leverandør og underleverandør, i lys av hensynene til transparens og likebehandling av tilbydere, for at slik videreføring ikke er tillatt.

3.2.2.2.3. Oppsummert

Når KOFA sin argumentasjon i denne saken dissekteres som gjort over er det en rekke aspekter som synes problematiske i forhold til EU-retten. Hensynet til effektiv ressursbruk, og ikke minst hvordan KOFA argumenterer seg frem til en posisjon hvor hensynet kan vektlegges, er en sentral del av dette.

På den annen side var saken sammensatt og det måtte derfor tas hensyn til helhetsbildet. Hartlev skriver at den praksis som foreligger fra EU-domstolen kun omhandler situasjoner hvor kontrakten er endret som

⁹⁴ Direktiv 2007/66/EF.

følge av det han kaller normal kontraktsforvaltning, og dersom endringen i motsetning til dette er et alternativ til terminering av kontrakten, kan det argumenteres for at også vesentlige endringer bør tillates.⁹⁵

Det er åpenbart et poeng at pressetext-saken og de herav utledede vurderingskriterier kan hevdes å ikke ta høyde for saker med tilsvarende kompleksitet som nødnettsaken. På dette grunnlaget kan det vanskelig påstås at KOFA sin konklusjon ikke er i samsvar med EU-retten. På den annen side er det langt i fra åpenbart at EU-domstolen ville landet på samme konklusjon.

Det eneste som her synes klart på bakgrunn av forsinkelsesfaren og de store summene på spill, er at KOFA sin konklusjon er korrekt i henhold til norsk anskaffelsesrett jf. LOA § 1 og det overordnede formålet om effektiv ressursbruk.

3.2.3. Slutning fra gjennomgang av praksis

Gjennomgangen viser at EU-domstolen stiller strengere krav til oppdragsgivers planleggingsevne enn KOFA og at konkrete omstendigheter i form av praktiske behov og effektiv ressursbruk i mindre grad blir vektlagt av EU-domstolen. EU-domstolen er relativt «firkantet» i sin rettsanvendelse, mens KOFA i større grad praktiserer en fleksibel anvendelse av anskaffelsesregelverket i lys av de konkrete omstendigheter, i hvert fall var det tilfellet i laboratoriesaken og til dels nødnettsaken.

På denne måten gir den forutsatte forskjellen mellom vekten av effektivitetshensynet i norsk anskaffelsesrett kontra EU sentralt, klart utslag i praksis.

3.3. Hvorfor vektlegges hensynet til effektiv ressursbruk forskjellig sentralt i EU kontra Norge?

Den forutsatte forskjellen hva gjelder anskaffelsesreglenes formål er allerede påpekt. Når det gjelder bakgrunnen for dette så fremhever Arrowsmith at hovedformålet med anskaffelsesreglene fra EUs perspektiv er å åpne markeder for konkurranse og dermed sikre funksjonen av det felleseuropeiske indre markedet.⁹⁶ Det er i tråd med funnene i denne avhandlingen. Med dette perspektivet blir det viktigere å hindre diskriminering av tilbydere og minimere mulighetene for korrupsjon enn å søke fleksible løsninger i konkrete saker.

⁹⁵ Hartlev (2013) s. 57-58, med henvisning til Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet fra det danske Klagenævnet for Udbud (KFU), datert 3. november 2011.

⁹⁶ Arrowsmith (2012) pkt. 4.3.1.

Allikevel er ikke effektiv bruk av offentlige midler et ikke-eksisterende hensyn i EU. Forskjellen er at EU ser på «value for money» som en av flere virkninger et fungerende indre marked fører med seg.⁹⁷ Fokus er således på det store, felleseuropeiske bildet, som gjør at rimelighet i konkrete saker er ansett mindre viktig. Norge derimot har av naturlige grunner ikke det samme overordnede perspektivet. Norske myndigheter er i langt større grad opptatt av å ha et anskaffelsesregelverk med fleksibilitet som gjør at skattepenger ikke går tapt når spesielle omstendigheter gjør seg gjeldende i anskaffelsesprosesser.

Rettslig sett er proporsjonalitetsprinsippet i Traktat om den Europeiske Union artikkel 5, viktig. Dette innebærer at det skal være «proporsjonalitet mellom de mål man ønsker å oppnå med en rettsakt, og de virkemidler som tas i bruk».⁹⁸ Således skal ikke en rettsakt være mer positivistisk utformet enn nødvendig i henhold til målet. Dette er også bakgrunnen for at anskaffelsesreglene er i direktivs form, som gir en viss skjønnsmargin ved gjennomføring i norsk rett. Så langt er det altså et visst rom for vektlegging av nasjonalt viktige hensyn i den praktiske rettsanvendelsen.

«Problemet» oppstår når EUs organer skal anvende regelverket på konkrete saker og fort mister proporsjonalitetsprinsippet litt av syne. EU-domstolens utvikling av læren om vesentlige endringer i tildelte kontrakter er et godt eksempel på dette. Man har her oppstilt relativt strenge og lite fleksible krav til oppdragsgiver for å motvirke korrupsjon og omgåelse av regelverket, som er reelle problemer i en del nasjonalstater.⁹⁹ Dette medfører samtidig at de stater hvor korrupsjon og omgørelser i hvert fall er ansett mindre utbredt, som Norge¹⁰⁰, får en mindre skjønnsmargin til å ivareta hensyn man nasjonalt anser som viktig i anskaffelsesretten.

3.4. Forholdet mellom homogenitetsmålsettingen i EØS-avtalen og norsk vektlegging av hensynet til effektiv ressursbruk

Sett hen til skjønnsmarginen statene har ved implementering av direktiv og proporsjonalitetsprinsippet ved utformingen av disse, er det i utgangspunktet ikke problematisk at norsk lovgiver i større grad enn EU har gitt en klar retningslinje på vekten av hensynet til effektiv ressursbruk jf. LOA § 1.

⁹⁷ Jf. pkt. 2.2. over. I samme retning Arrowsmith (2012) pkt. 4.3.3.

⁹⁸ Sejersted mfl. (2011) s. 69.

⁹⁹ Se rapporten «MONEY, POLITICS, POWER: CORRUPTION RISKS IN EUROPE» av anerkjente Transparency International (2012). Særlig Bulgaria, Tsjekkia, Italia, Romania og Slovakia pekes på som problemland. I Bulgaria og Italia er vanlig praksis at tildelte kontrakter ikke offentliggjøres og at de reforhandles/endres etter tildeling til enkelte leverandørers fordel (s. 39-40). Rapporten er tilgjengelig på <http://www.transparency.org/enis/report>

¹⁰⁰ *Op. cit.* s. 12 flg. hvor Norge, Danmark og Sverige anses som de tre landene med høyest grad av integritet i de nasjonale institusjoner. Dette brukes som målestokk på motstandsdyktighet mot korrupsjon.

På den annen side vil vektlegging av dette hensynet på tvers av relevant praksis fra EU-domstolen, innebære at Norge opptrer i strid med sine folkerettslige forpliktelser etter EØS-avtalen.

Dette bildet er imidlertid ikke «svart-hvitt». Det må for det første påpekes at EU-domstolen ikke publiserer dissenser og at avstemmingen dommerne i mellom er hemmelig.¹⁰¹ Av denne grunn kan avgjørelsene fremstå vage og dermed uklare, hvilket gjør at det ikke nødvendigvis er enkelt å utlede noen klar rettstilstand.

For det andre er læren om vesentlige endringer i tildelte kontrakter og de begrensninger den oppstiller langt ifra fullt ut avklart. Det er tale om en rettsutvikling hvor det primært er fastsatt en hovedregel og hvor rekkevidden av potensielle unntak er usikker. Dette gir betydelig rom for skjønn når nasjonale rettsanvendere skal ta stilling til konkrete saker. For nødnettsakens vedkommende gjør disse forholdene seg særlig gjeldende. Selv om KOFAs vurdering bærer preg av at det praktisk sett ville være håpløst å konkludere med at overdragelsen til Motorola var ulovlig, har saken omstendigheter som kanskje ville fått EU-domstolen til å mykne sin praksis.

Det samme er imidlertid ikke tilfellet i laboratoriesaken. Praksis fra EU-domstolen var i dette tilfellet tilstrekkelig klar til å fastlegge at resultatet ikke var i samsvar med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen.

I forlengelsen av dette må det fremheves at det de siste årene har pågått en moderniserings-/reformprosess av anskaffelsesdirektivene og at et særlig sentralt poeng i høringsprosessen har vært enklere og mer fleksible anskaffelsesregler.¹⁰² Inkludert i forslaget til nytt klassisk direktiv er en kodifisering/utvikling av endringslæren som vil danne grunnlag for fremtidens rettstilstand. De viktigste elementene i nytt direktivs artikkel 72 er derfor tema i punkt 4.

4. NYTT ANSKAFFELSES DIREKTIV ARTIKKEL 72

4.1. Oversikt og struktur

Ut fra et behov for å modernisere og forenkle anskaffelsesdirektivene fra 2004 er det sentralt i EU utarbeidet forslag om tre nye anskaffelsesdirektiver. Forslaget til nytt direktiv for klassisk sektor har betegnelsen 2011/0438 (COD). Prosessen startet med et forslag utarbeidet av EU-kommisjonen som Rådet og Parlamentet har hatt som utgangspunkt for sine forhandlinger. Resultatet av disse forhandlingene ble visse

¹⁰¹ Sejersted mfl. (2011) s. 136.

¹⁰² GREEN PAPER on the modernisation of EU public procurement policy, EU-kommisjonen, datert 27.1.2011, s. 3.

endringer i forslaget fra Kommisjonen. Det foreligger nå enighet om teksten og vedtakelse er ventet vinteren 2014.¹⁰³

Inntatt i forslagens artikkel 72 er en regulering av endringsadgangen i tildelte kontrakter. Som tidligere påpekt har dette hittil vært regulert gjennom den ulovfestede læren utviklet av EU-domstolen. Artikkel 72 er ikke bare en kodifisering av endringslæren slik den er utformet i praksis, det er også foretatt en utvikling i den hensikt å gi klare regler som er enklere å praktisere.¹⁰⁴

Hva gjelder strukturen i artikkel 72 så er bestemmelsen inndelt i fem underpunkter. Hovedregelen er inntatt i nr. 4 jf. nr. 1 bokstav e, og er i det vesentlige en ren kodifisering av EU-domstolens uttalelser i pressetext-saken, jf. punkt 2.3.1. over. Eneste forskjell er at forslaget bruker ordlyden «shall be considered substantial» på de opplistede typetilfeller hvor EU-domstolen skrev «may be considered substantial»¹⁰⁵ (mine understrekinger). Dette kan tale for en strengere tilnærming til læren men sett hen til hvordan EU-domstolen selv har anvendt kriteriene fra pressetext-saken forholdsvis ubetinget, må det antas at denne forskjellen ikke vil gi særlig utslag i praksis.

Videre er artikkel 72 nr. 3 og 5 kun formelle presiseringer opp mot de øvrige underpunkter. Nr. 3 regulerer beregning av kontraktsverdi etter nr. 2 bokstav b og c, og nr. 5 slår fast at det kreves ny anskaffelsesprosedyre for endringer som ikke er tillatt etter artikkel 72.

De interessante underpunktene i dette forslaget er nr. 1 og 2. Her er det opplistet en rekke relativt presist angitte kontraktsendringer som tillates uten behov for å gjøre en konkret vurdering etter de mer vage vurderingskriteriene i nr. 4. Det er altså disse to underpunktene som skal besørge økt klarhet i rettstilstanden og som krever en omtale. Dessuten synes det også mulig å spore noen tendenser i forhold til hvordan hensynet til effektiv ressursbruk skal vektlegges i fremtiden.

4.1.1. Artikkel 72 nr. 1

Dette underpunktet er igjen delt inn i fem nye underpunkter (bokstav a-e), som tar for seg ulike typer tillatte kontraktsendringer.

Bokstav a og e skal kun nevnes kort. Bokstav e slår fast at endringer som ikke er vesentlige i henhold til hovedregelen i nr. 4, er tillatt. Plasseringen følger således strukturelle hensyn. Bokstav a på sin side stiller vilkår for hvilke endringer som kan

¹⁰³ Status av 2.12.2013. Dette iht. til den norske regjering – <http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos/eos-notatbasen/notatene/2011/nov/modernisering-av-anskaffelsesregelverket.html?id=662012> (oppdatert 13. november 2013).

¹⁰⁴ Se fortalen til forslaget fra Parlamentet og Rådet avsnitt 45.

¹⁰⁵ Dette gjelder de 3 opplistede typetilfellene i pressetext-saken premiss 35-37.

foretas med hjemmel i endringsklausuler. Begrunnelsen for å tillate dette er naturligvis at anvendelse av en endringsklausul som alle tilbydere kjente til rekkevidden av, ikke er i strid med hensynene til likebehandling og transparens. Dette er i hovedsak en kodifisering av føringer gitt av EU-domstolen og således ingen «nyvinning» ved forslaget.¹⁰⁶

Hva gjelder bokstav b så regulerer denne endringer i form av nødvendige tilleggsleveranser og tilleggsarbeider fra opprinnelig leverandør. Utformingen av denne bestemmelsen er åpenbart inspirert av någjeldende FOA § 14-4 bokstav f og j med tilhørende EU-rettslig opphav, som tillater prosedyren konkurranse med forhandling uten kunngjøring på nærmere vilkår (og dermed direkte tildeling av kontrakt).

To vilkår må oppfylles for rett til endring etter artikkel 72 nr. 1 bokstav b. Første vilkår er at leverandørbytte er utelukket av økonomiske eller tekniske grunner, eksempelvis kompatibilitet. Det andre vilkåret, som er mer skjønnsmessig utformet, krever at bytte av leverandør vil medføre «significant inconvenience or substantial duplication of costs». I tillegg er det oppstilt en øvre grense for endringens størrelse. Endringer kan i pris ikke overstige 50 % av opprinnelig kontraktsverdi (per endring).

Interessant vedrørende bokstav b er to aspekter. For det første er kravet i FOA § 14-4 bokstav j nr. 1 om at oppdragsgiver «ikke kunne forutse» den nødvendige endringen, sløyfet. Dette fjerner åpenbart et usikkerhetsmoment etter som vurderingen av hva oppdragsgiver må kunne forutse, er meget skjønnsmessig. I tillegg er «substantial duplication of costs» et eget alternativt vilkår ved siden av «significant inconvenience». Dette er en oppmykning sett i forhold til § 14-4 bokstav j nr. 4 og gir økonomiske betraktninger større legitimitet i retning av å tillate kontraktsendringer.

Neste underpunkt i artikkel 72 nr. 1 er bokstav c. Dette synes å være den viktigste regelen i forhold til fleksibel anvendelse av endringslæren. Samme øvre tak i forhold til endringens verdi som etter bokstav b gjelder også her (inntil 50 % av kontraktsverdi per endring), men innenfor denne rammen er de materielle vilkår kun at endringsbehovet skyldes omstendigheter en aktsom («diligent») oppdragsgiver ikke kunne forutse og at det ikke skjer en endring av opprinnelig kontrakts overordnede natur.

Av fortalen fremgår det at forfatterne av forslaget særlig har hatt komplekse og langvarige kontrakter, hvor en viss fleksibilitet anses nødvendig, i tankene ved utformingen av bokstav c. Det er også spesifikt fremhevet at balanse mellom kontraktens størrelse og de ressurser som ble investert i planleggingen av anskaffelsen, skal være retningsgivende for vurderingen av hvorvidt oppdragsgiver

¹⁰⁶ Se om endringsklausuler Dragsten (2013) s. 739 og Hartlev (2012) s. 58 flg.

burde forutsett endringsbehovet.¹⁰⁷ Sett hen til de relativt strenge krav EU-domstolen tradisjonelt har stilt til oppdragivers planleggingsevne (jf. avhandlingens punkt 3.2.1.2. over) står vi her overfor en utvikling og liberalisering av endringslæren. Sannsynligvis vil denne bestemmelsen bli en gjenganger i fremtidig praksis tilknyttet endringer i tildelte kontrakter grunnet sin fleksibilitet og sitt brede anvendelsesområde.

Situasjonen hvor oppdragsgiver ønsker å bytte leverandør etter kontraktsinngåelse uten ny anskaffelsesprosedyre, slik tilfellet var i nødnettsaken, er regulert i forslagets bokstav d. I henhold til denne bestemmelsen kan leverandøren byttes ut dersom slik endring har hjemmel i kontrakten, dersom oppdragsgiver selv trer inn i funksjonen som hovedleverandør (overfor eventuelle underleverandører) eller som følge av «corporate restructuring».

Muligheten for oppdragsgiver til å overta hovedleverandørens plikter overfor underleverandører er ny og således en rettsutvikling. Naturlig nok synes denne muligheten bare å være aktuell der hovedleverandørens funksjon er av en prosjektledende art ovenfor underleverandører, hvilket betyr at hovedleverandør ikke har en selvstendig forpliktelse til å levere eller yte noe ut over koordineringsfunksjonen.

Hva gjelder unntaket for «corporate restructuring» så er dette i essens en ren kodifisering av EU-domstolens standpunkt til den konkrete problemstilling i pressetext-saken med tillegg av situasjonen hvor leverandøren blir insolvent. Det er imidlertid en interessant presisering i fortalen. Det heter her at mangelfull kontraktsoppfyllelse fra leverandørens side ikke gir mulighet for bytte av leverandør, grunnet hensynene til transparens og likebehandling.¹⁰⁸ Dette taler for at resultatet i nødnettsaken ikke ville passert en vurdering etter artikkel 72 i det nye direktiv.

4.1.2. Artikkel 72 nr. 2 – unntak for mindre endringer

Hensikten bak artikkel 72 nr. 2 er å gi objektive og enkelt praktiserbare kriterier for hvilke mindre kontraktsendringer som alltid er tillatt.¹⁰⁹ Dersom endringsverdien er under EØS-terskelverdi og mindre enn 10 % av opprinnelig kontraktsverdi for vare- og tjenestekontrakter (15 % for bygge- og anleggskontrakter), samt at kontraktens overordnede natur ikke endres, så er endringen tillatt. Vilåret om at kontraktens overordnede natur ikke endres synes lite problematisk sett hen til at endringene innenfor verdigrensene gir lite rom for

¹⁰⁷ Fortalen til forslaget fra Parlamentet og Rådet avsnitt 46.

¹⁰⁸ *Op. cit.* avsnitt 47.

¹⁰⁹ *Op. cit.* avsnitt 45.

kvalitativt omfattende endringer. Det er også presisert i nr. 2 at ved flere endringer i samme kontrakt, er det samlet verdi som skal vurderes mot tersklene.

4.2. Helhetsvurdering av artikkel 72

Først og fremst må det presiseres at redegjørelsen over fokuserer på de sentrale deler sett i lys av hensynet til effektiv ressursbruk, det er altså ikke tale om en fullstendig redegjørelse for innholdet og betydningen av artikkel 72.

Allikevel kan det fremmes noen betraktninger. For det første er, som påpekt, ressurseffektive hensyn alene en legitim begrunnelse for tilleggsarbeider og tilleggstjenester i form av kontraktsendringer etter bokstav b. Når dette sammenholdes med signalet EU sendte ved uttalelsen i Håndhevelsesdirektivet om at økonomiske hensyn i direkte tilknytning til en kontrakt ikke kan utgjøre vesentlige hensyn til allmennhetens interesser og dermed avskjære domstolenes mulighet til å kjenne en kontrakt «uten virkning»¹¹⁰, så synes det nærliggende å anta at dette signalet er moderert i hvert fall hva gjelder endringslærens vedkommende.

Samme kan også utledes av bokstav c i forslaget. Den fleksible regelen her oppstilt (sett i sammenheng med fortalens uttalelser) viser at EUs organer har vært under et betydelig press fra nasjonalstatene og at disse har blitt hørt i prosessen. Innen rammen av denne fleksibiliteten er det en utvidet mulighet til å foreta ressurseffektive kontraktsendringer.

Et ytterligere poeng er at artikkel 72 nr. 7 i Kommisjonens forslag er fjernet. Det het her at kontraktsendring ikke var tillatt dersom endringen ble gjort for å avhjelpe leverandørens mislighold og dette kunne vært avhjulpet gjennom misligholdssanksjoner. Dersom Kommisjonens forslag hadde blitt opprettholdt ville dette i betydelig grad begrenset oppdragsgivers mulighet til å forhandle frem ressurseffektive (forlikspregede) løsninger når det oppstår problemer i kontraktsgjennomføringen. Imidlertid er forbudet opprettholdt for leverandørbytte som følge av mislighold jf. fortalen til Rådets og Parlamentets forslag avsnitt 47 referert i punkt 4.1.1. over, men totalt sett er dette likevel en betydelig oppmykning av Kommisjonens forslag.

Som allerede nevnt ville KOFA fått meget store problemer med å underbygge sin konklusjon i nødnettsaken dersom vurderingen skulle gjøres etter artikkel 72. Hva gjelder laboratoriesaken, hvor avhandlingen fremholder at konklusjonen til KOFA ikke hadde rettslig ryggdekning, ville antageligvis artikkel 72 nr. 1 bokstav b og/eller c gjort endringen fullt ut lovlig.

5. KONKLUSJON/SAMMENFATNING

¹¹⁰ Referert i avhandlingens pkt. 3.2.2.2.2.

Avhandlingen har vist at det i gjeldende anskaffelsesrett er en forskjell hva gjelder vektingen av hensynet til effektiv ressursbruk i Norge kontra EUs sentrale organer. Dette gir utslag i så vel utforming av rettsakter/lovgivning som praktisering av regelverket. Læren om vesentlige endringer i tildelte kontrakter er et område hvor denne latente konflikten kan gi utslag og skape problemer i forhold til Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. Laboratoriesaken og nødnettsaken er eksempler på dette.

Imidlertid vil etter all sannsynlighet «konfliktnivået» reduseres ved gjennomføringen av nytt anskaffelsesdirektiv for klassisk sektor og herunder artikkel 72. Graden av reduksjon vil avhenge av hvordan regelverket blir praktisert og tolket, først og fremst av EU-domstolen.

6. KILDER

6.1. Litteraturliste

6.1.1. Bøker

Eckhoff/Helgesen (1997)	Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan E., <i>Rettskildelære</i> , 4. utg. (Oslo 1997)
Sejersted mfl. (2011)	Sejersted, Fredrik mfl., <i>EØS-rett</i> , 3. utg. (Oslo 2011)
Dragsten (2013)	Dragsten, Marianne H., <i>Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger</i> (Oslo 2013)

6.1.2. Artikler

Brown (2008)	Brown, Adrian, «When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purposes of the EU procurement rules? Guidance at last in case C-454/06», <i>Public Procurement Law Review</i> , 2008, vol. 6, s. 253-267
Goller/Kreyberg (2012)	Goller, Morten og Kreyberg, Karoline S., «Vesentlige endringer i kontrakter inngått etter regelverket om offentlige anskaffelser», <i>Tidsskrift for forretningsjus</i> , 2012, nr. 1, s. 37-66
Poulsen (2012)	Poulsen, Sune Troels, «The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law», <i>Public Procurement Law Review</i> , 2012, vol. 5, s. 167-187
Treumer (2012)	Treumer, Steen, «Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission's proposals of December 2011», <i>Public Procurement Law Review</i> , 2012, vol. 5, s. 153-166
Arrowsmith (2012)	Arrowsmith, Sue, «Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform», publisert i <i>The Cost of Different Goals of Public Procurement</i> av det svenske Konkurrencesverket, 2012. Tilgjengelig på www.kkv.se
Hartlev (2013)	Hartlev, Kristian, «Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender», <i>Public Procurement Law Review</i> , 2013, vol. 2, s. 51-73

6.2. Lover og forskrifter

Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)
Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser
Lov 11. mai 2012 nr. 25 om endringer i lov om offentlige anskaffelser og i kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett)
Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser
Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser
Forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester)
Forskrift 8. juni 2012 nr. 500 om endring i forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser, forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) og forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser

6.3. Norske forarbeider

Ot.prp. nr. 71 (1997-1998). Om lov om offentlige anskaffelser
St.meld. nr. 36 (2008-2009). Det gode innkjøp
NOU 2010: 2. Håndhevelse av offentlige anskaffelser

6.4. Norske rettsavgjørelser

Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I)

6.5. KOFA praksis

Sak 2008/37 Raufoss Taxi AS mot Sykehuset Innlandet HF, Oppland fylkeskommune og Hedmark Trafikk, avsagt 18. august 2008
Sak 2008/205 Raufoss Taxi ANS mot Sykehuset Innlandet HF, Oppland fylkeskommune og Hedmark Trafikk, avsagt 18. mai 2009
Sak 2008/217 Asle Eidsvold AS og Midt-Telemark Entreprenør AS mot Nome kommune, avsagt 20. juli 2009
Sak 2010/68 Jørn Bekkevold Gårdsdrift mot Drammen kommune, avsagt 3. mai 2010
Sak 2010/212 Norske Laboratorieleverandørers Forening mot Helse Bergen HF, avsagt 14. mars

2011
Sak 2011/8 Nils Berner mot Oppegård kommune, avsagt 4. juli 2011
Sak 2011/209 Berntzen Transport AS mot Romerike Avfallsforedling IKS, avsagt 23. april 2012
Sakene 2011/259 og 2012/235 forent, Nordisk Mobiltelefon International og Ice Norway AS mot Direktoratet for nødkommunikasjon, avsagt 29. april 2013

6.6. KFU praksis

European Land Solutions Ltd. mot Kystdirektoratet, avsagt 10. juli 2008, j. nr.: 2008-0015510
Finn Frogne A/S mot Rigspolitiet, SINEsekretariatet, avsagt 3. november 2011, j.nr.: 2010-0023028

6.7. EU/EØS-rettslige kilder

6.7.1.Traktater og rettsakter

Traktat om den Europeiske Union	Traktat om den Europeiske Union (Maastricht-traktaten), i kraft 1. november 1993 (senere revidert)
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, i kraft 1. januar 1994
Direktiv 2007/66/EF	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF av 11. desember 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter (EØS-relevant tekst)
Direktivforslag 2011/0438 (COD) fra Kommisjonen	2011/0438 (COD) Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement (Text with EEA relevance), Brussels 20.12.2011, COM(2011) 896 final
Direktivforslag 2011/0438 (COD) fra Parlamentet og Rådet	2011/0438 (COD) Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement (Text with EEA relevance)
Direktivforslag 2011/0437 (COD) for konsesjonskontrakter	2011/0437 (COD) Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts (Text with EEA relevance)

6.7.2.EU-rettslige forarbeider

GREEN PAPER, Public Procurement in the European Union: Exploring the way forward, communication adopted by the Commission on 27th November 1996 on the proposal of Mr. Monti
GREEN PAPER on the modernization of EU public procurement policy – Towards a more efficient European Procurement Market, Brussels 27.1.2011, COM(2011) 15 final

6.7.3. Avgjørelser fra EU-domstolen

Sak C-24/91, <i>Kommisjonen mot Spania</i> , avsagt 18. mars 1992
Sak C-318/94, <i>Kommisjonen mot Tyskland</i> , avsagt 28. mars 1996
Sak C-337/05, <i>Kommisjonen mot Italia</i> , avsagt 8. april 2008
Sak C-454/06, <i>pressetext Nachrichtenagentur GmbH mot Østerrike mfl.</i> , avsagt 19. juni 2008.
Sak C-91/08, <i>Wall AG mot Stadt Frankfurt am Main mfl.</i> , avsagt 13. april 2010
Sak C-160/08, <i>Kommisjonen mot Tyskland</i> , avsagt 29. april 2010

6.8. Diverse nettdokumenter

Tallfesting offentlige innkjøp for 2011 fra Statistisk Sentralbyrå - http://www.ssb.no/offinnkj
Transparency International, <i>MONEY, POLITICS, POWER: CORRUPTION RISKS IN EUROPE</i> , 2012 - http://www.transparency.org/enis/report
KOFA pressemelding publisert 16. mai 2013 vedr. nødnettsaken - http://www.kofa.no/no/aktuelt/nyheter/2013/Overforing-av-nodnettkontrakter-var-lovlig/
KOFA pressemelding publisert 24. juni 2013 vedr. saksmengde etter gjennomføring av Håndhevelsesdirektivet - http://www.kofa.no/no/aktuelt/nyheter/2013/Okt-gebyr--farre-saker/
Informasjonsside fra den norske regjering om saksgang for forslag til nytt anskaffelsesdirektiv - http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos/eos-notatbasen/notatene/2011/nov/modernisering-av-anskaffelsesregelverket.html?id=662012